

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PALERMO
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE,
DELLA SOCIETA' E DELLO SPORT
DOTTORATO IN DIRITTO PRIVATO
XXIV CICLO**

**LA RESPONSABILITA' DELLO STATO PER
VIOLAZIONE DEL DIRITTO DELL'UNIONE
EUROPEA**

Coordinatrice

Ch.ma Prof.ssa Rosalba Alessi

Tutor

Ch.mo Prof. Armando Plaia

Dottorando

Gabriele La Malfa Ribolla

Settore scientifico disciplinare IUS/01

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PALERMO
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE,
DELLA SOCIETA' E DELLO SPORT
DOTTORATO IN DIRITTO PRIVATO
XXIV CICLO**

**LA RESPONSABILITA' DELLO STATO PER
VIOLAZIONE DEL DIRITTO DELL'UNIONE
EUROPEA**

Coordinatrice

Ch.ma Prof.ssa Rosalba Alessi

Tutor

Ch.mo Prof. Armando Plaia

Dottorando

Gabriele La Malfa Ribolla

Settore scientifico disciplinare IUS/01

INDICE

Introduzione

I. L'illecito euro-unitario

1. *Il fondamento*
2. *L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia.*
3. *Le condizioni sostanziali e procedurali dell'illecito euro-unitario. L'autonomia procedurale e la possibile incidenza delle evoluzioni del principio di effettività.*
4. *La questione della prescrizione.*
5. *La nozione di norma attributiva di diritti*
6. *La sufficiente serietà della violazione.*
7. *Il nesso di causalità.*
8. *Il problema dell'elemento soggettivo.*
9. *La responsabilità per esercizio del potere legislativo*
10. *La responsabilità per esercizio del potere amministrativo.*
11. *La responsabilità per esercizio del potere giudiziario.*

II. Casi di applicazione nazionale della teoria della responsabilità dello Stato

1. *L'incidenza giurisprudenziale della responsabilità da illecito euro-unitario negli Stati membri.*
2. *Giurisprudenza italiana. La vicenda dei medici specializzandi.*
 - 2.1. *Il dibattito sulla qualificazione della figura.*
 - 2.2. *La responsabilità contrattuale di natura indennitaria per fatto non antigiuridico.*
 - 2.3 *La valorizzazione della "cross-fertilization" da parte del Consiglio di Stato.*
 - 2.4. *Il risarcimento per le vittime di reati intenzionali violenti.*
3. *L'approccio spagnolo alla responsabilità europea.*
 - 3.1 *La compatibilità europea del regime spagnolo di limitazione della responsabilità del legislatore.*
 - 3.2. *L'omessa trasposizione di direttive nell'analisi del Tribunal Supremo.*

3.3 Il contributo dell'Audiencia nacional.

4. Ammissioni di responsabilità per esercizio del potere giudiziario. L'omesso rinvio pregiudiziale

5. Una soluzione francese alla responsabilità del legislatore

6. Prescrizione e autonomia procedurale secondo l'Oberlandesgericht di Colonia

7. La High court irlandese e il nesso di causalità.

Bibliografia

INTRODUZIONE

Una dichiarazione pubblica della Cancelliera tedesca Angela Merkel, di poco successiva all'introduzione del cosiddetto *fiscal compact*, contiene un breve riferimento critico rispetto a momenti di incoerenza nei comportamenti di taluni Stati membri dell'Unione Europea ed è utile, senza dovere essere necessariamente condivisa nel merito, per l'approccio al tema d'indagine.

Ecco lo stralcio riportato sulla stampa, a margine della cronaca di un incontro bilaterale della premier tedesca, notoriamente favorevole a rigidi criteri di bilancio ed a riforme economiche strutturali nel senso del rigore: “Le istituzioni europee devono essere corrette con tutti i membri dell'Unione ma gli Stati Ue devono imparare ad accettare le critiche e a capire che se rinunciamo alla sovranità poi possiamo anche essere citati in giudizio se non manteniamo i patti sottoscritti”. Osservato poi che il *fiscal compact*, il Trattato europeo sul bilancio comune, non basterà a imprimere una svolta positiva alla crisi economica in atto, la cancelliera si sofferma su un dato solo apparentemente non collegato, la mancanza di un'opinione pubblica comune europea: “Quando ogni mattina leggo i giornali dei diversi Paesi europei mi rendo conto che le discussioni centrali sono su argomenti diversi, bisognerebbe invece costruire una discussione comune”¹.

In poche battute sono condensati problemi e prospettive attuali dell'Unione Europea. La rigidità economica e l'approvazione di regole comuni in campo fiscale a fronte di una comunità socialmente e culturalmente, prima ancora che politicamente, non omogenea; e, con diretto riferimento al tema di questo lavoro, il singolare paradosso di potere diminuito, di una sovranità nazionale, cioè, che regredisce in favore della dimensione pattizia sovranazionale, cui si accompagna una crescente responsabilizzazione, e cioè la sottoposizione degli Stati membri dell'Unione al giudizio di responsabilità civile nel caso di mancato rispetto dei patti.

Le esternazioni della cancelliera tedesca, in merito all'incoerenza e alla difficile accettazione degli Stati rispetto al tema della perdita di sovranità, agevolano il

¹ Agenzia ANSA, 7 giugno 2012.

giurista che voglia considerare come la responsabilità dello Stato cresca in misura inversamente proporzionale alla perdita della sua sovranità: ed intendendosi per sovranità la titolarità del potere politico, la relazione delineata è anomala rispetto alla tradizionale dinamica del rapporto fra potere e responsabilità, i quali di regola aumentano o diminuiscono in pari misura. Se si aggiunge che la sovranità appartiene, di regola, al popolo di ciascuno degli Stati europei e che è il medesimo popolo, tramite la capacità contributiva propria di ciascuno, a sopportare il costo della sovranità dello Stato, si arguisce come regressione della sovranità, in favore ad esempio di un patto internazionale come il *fiscal compact*, ed aumento della responsabilità dello Stato rappresentino due sacrifici per i cittadini degli Stati membri dell'Unione, il primo in termini di diminuzione della democrazia, il secondo in termini di potenziale aumento dei costi sopportabili da ciascuno (a vantaggio di categorie determinate)². Questi due sacrifici sono compensati da un aumento dei diritti effettivamente goduti dai cittadini europei? Sono, inoltre e quantomeno, coperti da piena legittimazione democratica?

La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario (euro-unitario dopo il Trattato di Lisbona) è tema che, attualmente, ha da misurarsi con la ridefinizione del concetto di sovranità e di democrazia in Europa. Esso mantiene, al contempo, radici antiche, collegate, nell'età moderna dell'Europa, all'affermazione dello Stato di diritto e del rapporto di cittadinanza, e che oggi si pone al crocevia dell'evoluzione dell'Unione Europea verso un possibile, più ampio consolidamento di tipo politico. Sembra, infatti, che l'Unione sia probabilmente destinata al fallimento o a un progressivo deterioramento, qualora rimanga caratterizzata dalla prevalente natura doganale e monetaria e non ambisca seriamente ad una piena realizzazione politica³. Costituisce un

² Che l'ordinamento comunitario abbia comportato sin dall'inizio una limitazione dei poteri sovrani di ciascuno degli Stati membri è stato chiaro, fra l'altro, anche all'inizio del processo giudiziale dell'integrazione europea. Cfr. C.g.e., sentenza 15 luglio 1964, n.64, *Costa/Enel*, in *Racc.* 1141, che per prima afferma che gli Stati della Comunità, attribuendole poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni hanno cominciato a limitare i loro poteri sovrani, creando un complesso di diritto vincolante per i cittadini e per loro stessi.

³ L'argomento qui studiato esprime plasticamente i rischi di fallimento politico dell'Unione. Cfr. PIRAINO, *L'inadempimento dello Stato all'obbligo di attuazione delle direttive europee e il problema del risarcimento del danno*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 3, 737: "La tendenza a calare talune decisioni politiche in forme giuridiche di cui poi si tenta di forzare gli effetti – come nel caso delle direttive avviene ora con la dottrina dell'efficacia diretta a determinate condizioni ora con l'istituto della responsabilità dello Stato

ostacolo obiettivo a tale programma la duplicità in Europa dei livelli di produzione legislativa e la loro differente legittimazione: da un lato, gli Stati nazionali pienamente legittimati a produrre normazione; dall'altro, la Comunità, *rectius* l'Unione a seguito del Trattato di Lisbona, in cui convivono, oltre alle istituzioni intergovernative, il Parlamento, dotato di piena legittimazione democratica ma scarsamente incisivo sul piano legislativo, la Commissione, marcatamente caratterizzata invece in senso tecnocratico e non eletta dai cittadini, e la Corte di Giustizia Europea, Giudice di ultima istanza dell'ordinamento comunitario, in grado non soltanto di accertarne la violazione da parte degli Stati membri e di orientarne in via pregiudiziale l'interpretazione ma, di fatto, di determinare la creazione di sottosistemi giuridici comuni e di prassi interpretative condivise, seppur bisognose di progressive conferme.

Ora, le istituzioni europee e i loro temuti "tecnocrati" hanno la chiara missione di potenziare il processo d'integrazione europea, sottraendo sempre più consistenti spazi di libertà nei fini alla funzione legislativa nazionale e mettendo in discussione la sovranità degli Stati. A tale spinta, per così dire, euro-centrica, si contrappongono proposte di rimeditazione dei rapporti all'interno dell'Unione, in senso centrifugo: si pensi al caso dei Paesi tradizionalmente euroscettici, come il Regno Unito, da sempre fuori dall'unione monetaria e con consistenti fasce di opinione pubblica propense addirittura all'uscita dall'Unione europea; a quello di Paesi come la Germania, diplomaticamente interessati alla promozione delle geometrie variabili ma anche particolarmente gelosi della propria sovranità, che intendono custodire; a quello di Paesi dell'Europa meridionale, come l'Italia e la Grecia, in cui è cresciuto il dissenso rispetto alle dure politiche di rigore economico e fiscale imposte dalla Commissione fino a prospettazioni politiche, anche da questa

grazie al quale far ottenere ai cittadini per equivalente quel che avrebbero diritto a conseguire in forza della normativa inattuata – sottrae la formazione della scelta alla sua corretta procedura, con inevitabili appannamenti della validità delle norme che ne conseguono, e tutto ciò si è disposti a sacrificare sull'altare dell'imposizione, anche in maniera strisciante e ambigua, delle politiche europee sulle resistenze nazionali. Questo procedere surrettizio che si accontenta di far prevalere l'efficacia di fatto, riguadagnata al diritto con processi tortuosi, sulla forza normativa, potrà forse assicurare il raggiungimento degli obiettivi di armonizzazione che l'Unione si prefigge, ma questi risultati non riusciranno a radicarsi nella coscienza collettiva europea e su basi così fragili e così poco condivise non è certo possibile erigere un ordinamento giuridico solido".

parte, dell'uscita dall'Unione. Ciò posto, v'è allora da chiedersi come si concili, con un'Europa così "ammaccata" e così magmatica, il mantenimento di una regola di formazione giurisprudenziale che prevede il rischio di ingenti condanne economiche a carico dello Stato per violazione del diritto dell'Unione.

Altro problema, nel rapporto fra ordinamento europeo e ordinamento interno e, segnatamente, nel dialogo fra sistemi giuridici, è dato dall'omessa considerazione, da parte del legislatore comunitario, della "fattispecie di effetti" tipica della legislazione degli ordinamenti interni, segnatamente privatistica. Il diritto dell'U.E., in altri termini, ha scarsa inclinazione a regolare istituti di natura sostanziale (il contratto, la responsabilità, la prescrizione) con norme generali e astratte, riconnettendovi una serie di conseguenze tipiche. Viceversa, afferma gli obiettivi da raggiungere, con un linguaggio a volte programmatico più che prescrittivo, ponendo all'interprete la sfida di farsi pontiere tra le enunciazioni pragmatiche di provenienza comunitaria (quale ad esempio la decisione della Commissione Europea di imporre l'"eliminazione" di un certo assetto di rapporti privatistici) e la tradizione giuridica e dogmatica di diritto interno (dovendosi domandare, sul piano dell'autonomia privata, quali istituti codicistici trovano applicazione in conseguenza della norma o della sentenza comunitaria)⁴.

Il tema della responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto europeo reca visibilmente traccia di tali questioni, la duplicità europea di ordini di produzione normativa, parimenti inclini alla prevalenza l'uno sull'altro, e in secondo luogo l'inclinazione pragmatica e allergica alle fattispecie sostanziali ed astratte, promossa dalle istituzioni comunitarie.

E' vero, infatti, che a partire dalla sentenza *Francovich* del 1991, tutti i Giudici nazionali dell'Unione Europea, dopo un periodo di significativo silenzio iniziale, hanno progressivamente introdotto nella rispettiva giurisprudenza i

⁴ In questo senso, il diritto privato europeo può essere concepito, fra l'altro, come diritto anzitutto rimediabile. CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *L'idea*, in Id. (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, 2007, vol. I, 12, evidenziano come il legislatore comunitario non abbia operato finora nella direzione di "svelare le assonanze tra i sistemi rilanciandole come cardine del diritto europeo *in fieri*". Poco curandosi delle architetture concettuali e dei raccordi con i diversi sistemi giuridici che procede ad armonizzare, "il diritto comunitario è orientato ai rimedi, più che alla attribuzione astrattizzante dei diritti", secondo un modello che, addirittura, "esige una mancanza di controllo tecnico".

principi conati dalla Corte di Giustizia Europea, per i quali lo Stato è responsabile in alcune ipotesi tipiche, corrispondenti al mancato recepimento di una direttiva nei termini, all'errata (inesatta o parziale) attuazione di una direttiva *self-executing*, alla violazione del Trattato da parte della Pubblica Amministrazione nazionale ed all'applicazione di interpretazioni giurisprudenziali interne contrarie al diritto comunitario (sentenza *Köbler*). E' altresì acclarato che il diritto dell'Unione impone il risarcimento subordinatamente a tre condizioni: che la norma comunitaria violata abbia come scopo l'attribuzione di diritti; che la violazione sia sufficientemente grave e manifesta; e che esista un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo imposto allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi.

D'altra parte, la natura giurisprudenziale delle regole appena menzionate, l'ampiezza delle questioni connesse e non consolidate nella produzione della Corte di Giustizia, in uno con il numero delle questioni espressamente demandate alla regolazione nazionale (in virtù del principio di autonomia procedurale), fanno sì che la materia, pur determinando l'imputazione di una condanna economica a carico dello Stato in conseguenza dell'accertamento di un suo comportamento illecito, non sia ancora garantita da un grado apprezzabile di certezza e di prevedibilità sotto diversi profili⁵.

Ad esempio, l'incertezza e l'imprevedibilità riguardano l'applicazione delle regole nazionali, destinate a cedere di fronte al principio di effettività del diritto comunitario: in base a quest'ultimo, va sacrificata l'applicabilità di norme nazionali, tipicamente di natura procedurale, che rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di diritti garantiti a livello comunitario. Inoltre, in virtù del principio di equivalenza, il rimedio risarcitorio deve essere esperibile a condizioni procedurali equivalenti a situazioni di caratura nazionale: in altre parole, l'accesso alla tutela di posizioni soggettive tutelate in sede europea non deve essere più gravoso o più difficile dell'accesso alla tutela in sede interna.

Argomento di perdurante discussione, dal punto di vista italiano nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, è poi la

⁵ GRANGER, *National applications of Francovich and the construction of a European administrative ius commune*, in *European Law review*, 2007, 32, 155.

caratterizzazione oggettiva o soggettiva della responsabilità e la sua natura contrattuale o extracontrattuale, in ciò replicandosi il dibattito che le due supreme istanze giurisdizionali del nostro Paese hanno svolto riguardo la responsabilità della Pubblica Amministrazione per lesione di interessi legittimi. Segnatamente, la Corte di Cassazione, seguita da pronunce delle Corti di merito, ha accolto in alcune pronunce una nuova, inattesa interpretazione e ricostruito l'istituto in termini di "responsabilità da atto lecito di natura indennitaria per attività non antigiuridica", attribuendovi natura contrattuale e oggettiva; il Consiglio di Stato, all'opposto, parla invece di responsabilità extracontrattuale per colpa, sul modello dell'opinione maggioritaria seguita per la responsabilità della Pubblica Amministrazione per lesione di interessi legittimi a partire da Cass. Sez. Un. 500/1999.

L'elemento soggettivo dell'illecito è peraltro oggetto di espressi pronunciamenti anche da parte della Corte di giustizia e dalla giurisprudenza degli altri Paesi membri: fermo l'approfondimento nel prosieguo, può dirsi che alla caratterizzazione oggettiva corrisponde un allargamento della tutela, ragion per cui (anche) dall'affermazione dell'irrilevanza del criterio d'imputazione della colpa passa il maggior successo applicativo dell'illecito.

Come accennato, poi, l'istituto ha precedenti nazionali in ciascuno degli Stati membri. Nei singoli ordinamenti sono state perciò elaborate leggi, prassi e criteri di applicazione giurisprudenziale che influenzano l'approccio verso la responsabilità per violazione del diritto europeo: di ciò si dà conto con particolare riferimento alle esperienze normative e giurisprudenziali italiana e spagnola. Segnatamente, gli interventi del *Tribunal Supremo* e dell'*Audiencia nacional* paiono ispirati da un intento di consapevole adesione ai *dicta* della Corte di giustizia, in virtù forse di un regime di responsabilità dei pubblici poteri nazionale particolarmente avanzato ed a carattere espansivo.

Conclusivamente, si possono innestare, sull'argomento di fondo del rapporto fra sovranità e responsabilità civile dello Stato, alcune specifiche questioni: se e quanto vadano ridefiniti i limiti dell'autonomia procedurale tradizionalmente riconosciuta a ciascuno degli Stati membri dell'Unione; se la responsabilità abbia natura contrattuale o extra-contrattuale, soggettiva o oggettiva, e se di

alternativa all'illecito, in punto di fonte dell'obbligazione, possa parlarsi, ad esempio con riferimento all'ingiustificato arricchimento; quali indicazioni operative provengano da alcuni casi nazionali dei singoli Paesi membri; se sia necessario rideterminare il fondamento teorico dell'istituto e se, correlativamente, vadano coltivate le prospettive di un parallelismo con un illecito civile interno, per violazione della Costituzione.

Ringrazio per i consigli e per il paziente confronto il Prof. Armando Plaia dell'Università degli Studi di Palermo ed il Prof. Fernando Gomez Pomar e la dott.ssa Marian Gili, dell'Università Pompeu Fabra di Barcellona, per la gentile ospitalità.

Palermo - dicembre 2013.

CAPITOLO PRIMO

L'illecito euro-unitario

1. Il fondamento 2. L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia. 3. Le condizioni sostanziali e procedurali dell'illecito euro-unitario L'autonomia procedurale e la possibile incidenza delle evoluzioni del principio di effettività. 4. La questione della prescrizione. 5. La nozione di norma attributiva di diritti 6. La sufficiente serietà della violazione. 7. Il nesso di causalità. 8. Il problema dell'elemento soggettivo. 9. La responsabilità per esercizio del potere legislativo 10. La responsabilità per esercizio del potere amministrativo. 11. La responsabilità per esercizio del potere giudiziario.

1. Il fondamento

La responsabilità dello Stato membro può essere considerata come una tecnica di reazione da parte del sistema giuridico dell'Unione europea verso il contrasto, originato da un atto interno dello Stato, con una disposizione contenuta nei Trattati, in un regolamento, in una direttiva comunitaria *self-executing* o non *self-executing*, o in una decisione.

L'istituto va in primo luogo considerato dal punto di vista, tipico della dottrina comunitaria⁶, dell'interpretazione storica dell'evoluzione dell'Unione Europea, avendo in mente il “progetto” di alcuni apparati (fra l'altro la Commissione, la Corte di Giustizia) e di parte dell'opinione pubblica europea di far assomigliare l'Unione sempre di più a un ordinamento giuridico tradizionale e “compiuto”. Dotato cioè di mezzi di coercizione che rendano effettiva l'applicazione delle proprie norme giuridiche⁷. Secondo un approccio comune, perciò, alcune

⁶ A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Comunità Europea si è formalmente estinta e ad essa è subentrata l'Unione Europea. Tale fatto secondo alcuni autori, condivisibilmente, rende improprio ogni ulteriore utilizzo del termine comunitario e preferibile quello del termine “unitario” o dell'espressione “dell'Unione”. Tuttavia, in un'indagine sulla giurisprudenza precedente Lisbona può accadere di imbattersi e riportare la previa qualificazione, che andrà dunque considerata solo come riferimento all'impostazione fondamentale antecedente.

⁷ Il proposito è stato chiaro sin dall'inizio della storia giurisprudenziale dell'Unione. Nella sentenza 16 dicembre 1960, Causa 6/60, *Costa/Enel*, la Corte ricava da una disposizione generale del Trattato un obbligo a carico dello Stato: “Ove la Corte accerti che un atto legislativo o amministrativo degli organi di uno Stato membro contrasta col diritto comunitario, l'art. 86 del trattato CEE impone a tale Stato tanto di revocare l'atto di cui trattasi quanto di riparare gli illeciti effetti che ne possono essere derivati”. Cfr. TESAURO, *Responsabilità degli Stati per violazione del diritto comunitario*, in *Foro pad.*, 1996, II, 147 e *passim*; e, in sede di prime impressioni alla sentenza *Francovich*, CARANTA, *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazioni del diritto comunitario*, nota a Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 19 novembre 1991 (in cause riunite 6 e 9/90), *Francovich e Bonifaci c. Repubblica Italiana*, in

decisioni della Corte di Giustizia segnano la nascita e l'avanzamento della *policy* dell'effettività dell'ordinamento giuridico europeo. La Corte è un'artefice di primaria grandezza del diritto dell'Unione ed ha progressivamente disegnato i caratteri dell'ordinamento europeo, esprimendo sovente soluzioni giuridiche più finalizzate alle conseguenze pratiche di rafforzamento delle istituzioni comunitarie che ispirate da ragioni di coerenza dogmatica con un sistema in corso di costruzione⁸.

Così, in *Van Gend en Loos*⁹, la Corte di Giustizia ha stabilito per la prima volta il principio dell'effetto diretto delle disposizioni comunitarie, tanto dei Trattati quanto del diritto derivato, sancendo perciò il diritto di tutti i cittadini di invocare direttamente le norme comunitarie negli ordinamenti interni¹⁰, conseguendone l'estensione a livello comunitario della *Drittwirkung*, già concettualizzata sul piano interno per le Costituzioni nazionali europee.

Giur. it., 1992, I, I, c.1175, segnalava che l'istituzione della responsabilità conferma l'acceleramento del processo di integrazione giuridica nell'ambito comunitario. Tale processo inizia con l'edificazione della regola della supremazia del diritto comunitario su quello dei Paesi membri, regola della quale non è che un corollario il principio di effettività, inteso nel senso della necessità di strumenti, processuali e non, i quali non rendano non solo impossibile, ma neppure eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti previsti dalla normativa comunitaria. La responsabilità comunitaria presenta profili di affinità con la responsabilità degli Stati riconosciuta dal diritto internazionale. Quello consuetudinario in particolare conosce da tempo la responsabilità dello Stato, argomento che costituisce oggetto di un progetto di articoli redatto dalla Commissione di diritto internazionale dell'ONU e raccomandato ai Governi nazionali con una risoluzione dell'Assemblea generale del 2001. Sempre in ambito internazionale si è affermata la distinzione fra *acta iure imperii*, di natura politica e non in grado di far responsabilità dello Stato, ed *acta iure gestionis*, di natura contrattuale o economica, implicanti l'assunzione di un impegno dello Stato su di un livello paritario con un altro soggetto giuridico e come tali in grado di attivarne la responsabilità civile: si tratta di una distinzione che in ambito comunitario tende a perdere rilevanza.

Caratteristica specifica della responsabilità dello Stato al livello internazionale riguarda la legittimazione attiva, spettante in via esclusiva agli Stati. Soltanto nel sistema messo a punto da specifiche convenzioni, come la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, è viceversa ammissibile che i singoli privati possano convenire in giudizio gli Stati.

Dalla responsabilità di diritto internazionale è stato invece mutuato nella responsabilità comunitaria il concetto di violazione manifesta. In quest'area del diritto, la sovranità dello stato è il principio predominante e quindi il margine di discrezionalità dello Stato nazionale è ritenuto più ampio. Con la conseguenza di un approccio riluttante all'ammissione della responsabilità che si riflette nell'adozione della terminologia della violazione manifesta. Cfr. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione*, Milano, 2012, 17 s..

⁸ TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, 26 s; ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, 2006; BARAV., *Enforcement of Community rights in the national courts*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 1980, 369 s.

⁹ CGE, C-26/62, in *Racc.*, 3.

¹⁰ L'efficacia diretta è stata oggetto di una complessa costruzione graduale. Distinguendosi dall'applicabilità diretta, che implica soltanto l'assenza della necessità di un formale atto di trasposizione, l'efficacia è l'attitudine a produrre effetti nel rapporto con il potere pubblico (efficacia diretta c.d. verticale) o nel rapporto fra privati. Le direttive comunitarie, di norma non dotate di efficacia diretta, possono essere *self-executing* quando dotate di disposizioni chiare, precise e incondizionate. Cfr. DANIELE, *Novità in tema di efficacia diretta delle direttive comunitarie non attuate*, Nota a *Francovich v. Bonifaci*, Corte giust. C.E. 19-11-1991 C-6/90 e C-9/90, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 173 s.

Nel successivo caso *Costa/Enel*¹¹ il Giudice comunitario passa ad affermazioni ancor più gravide di conseguenze; nella fattispecie, il giudice nazionale aveva negato la capacità della norma comunitaria di resistere a quella nazionale sopravvenuta. Si trattava perciò di inquadrare il rapporto tra fonti ed il Giudice comunitario colse l'occasione per coniare il principio del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale, alla stregua del quale il progetto della Comunità sarebbe privato di ogni effettivo valore ove gli Stati aderenti al Trattato possano successivamente escluderne l'applicazione con norme nazionali sopravvenute.

Il rapporto tra fonti comunitarie e fonti interne è stato ulteriormente approfondito nel caso *Simmenthal*, il cui *dictum* afferma che le norme interne confliggenti con il diritto comunitario debbano essere disapplicate da parte dei giudici nazionali, con limitazione di tale obbligo ai procedimenti rientranti nella competenza del giudice nazionale o ai giudici competenti ad applicare la norma comunitaria considerata¹²; ed ancora nel caso *Von Colson*¹³, la Corte fissa il principio di interpretazione conforme al diritto comunitario della disciplina interna, per cui, nel rispetto dei criteri legali interni di interpretazione, va privilegiato il significato normativo che meglio si adatta allo scopo di tutela perseguito dalla norma europea.

La giurisprudenza *Rewe*¹⁴ ha poi compiuto un passo in avanti sul fronte del rapporto con la disciplina rimediale interna: vi si esprime la regola (nota come di autonomia processuale o procedurale) per cui in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare il giudice competente e stabilire le modalità

¹¹ CGE, C-6/63, in *Racc.*, 1141.

¹² CGE, C-106/77, in *Racc.* 629. Segnatamente si è sancito che il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale.

¹³ CGE, C-14/83, in *Racc.* 1891. I fatti di questa causa traggono origine dall'applicazione di una direttiva comunitaria sulla lotta alle discriminazioni nelle assunzioni lavorative. Il Giudice comunitario ha enunciato il principio per cui, benché la direttiva n. 76/207 lasci agli Stati membri varie possibilità per assicurare il rispetto del divieto di discriminazione, una volta scelto di predisporre un indennizzo a favore del soggetto discriminato esso deve andare oltre le sole spese di candidatura al concorso per avere un valore realmente dissuasivo. Sicché il giudice nazionale, nei casi in cui la legge di trasposizione di una direttiva gli garantisce un margine di discrezionalità, deve pur sempre optare per un'applicazione ed un'interpretazione maggiormente conformi alle esigenze del diritto comunitario.

¹⁴ CGE, C-33/76, in *Racc.* 1989; cfr. anche la successiva CGE, sentenza 7 luglio 1981, C-158/80, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord*, in *Racc.*, 1805.

procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti, spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta, modalità che non possono, beninteso, essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale. Le cose starebbero altrimenti soltanto qualora tali modalità rendessero, in pratica, impossibile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare.

L'applicazione del diritto comunitario è stata nel frattempo oggetto dell'attenzione anche delle supreme istanze giurisdizionali nazionali, le quali, dopo un periodo di iniziali resistenze, hanno sostanzialmente aderito alla regola del primato del diritto europeo ed ai suoi corollari. In *Granital*¹⁵, ad esempio, la Corte costituzionale italiana afferma per la prima volta che la norma interna contrastante è disapplicabile direttamente dal singolo giudice, senza potersi dare luogo ad un sistema di sindacato accentrato in capo alla Corte costituzionale stessa sulla incompatibilità comunitaria delle norme interne. E' fatta però espressamente salva l'applicazione della teoria dei controlimiti, ossia del rispetto della sfera interna, intangibile ed inderogabile, dei principi supremi costituzionali¹⁶.

Ancora, *Fratelli Costanzo*, altra pronuncia del Giudice comunitario, ha sancito il principio per cui ad ogni singola pubblica amministrazione, anche locale (e dunque non solo agli organi giurisdizionali) spetta di disapplicare le norme di diritto nazionale e, di conseguenza, anche gli atti amministrativi generali o comunque presupposti, che si pongano in contrasto con disposizioni del diritto comunitario caratterizzate dalla diretta applicabilità¹⁷.

¹⁵ Corte Cost. 170/1984.

¹⁶ Cfr. per ulteriori sviluppi, TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2006, 3.

¹⁷ CGE, C-103/88, in *Racc.* 1839. Detta sentenza ha stabilito in particolare che l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305, dalla quale gli Stati membri, quando ne traspongono le disposizioni, non possono discostarsi in modo sostanziale, vieta agli stessi di adottare norme che contemplino l'esclusione d'ufficio dagli appalti di lavori pubblici di determinate offerte, individuate secondo un criterio matematico, anziché obbligare le autorità aggiudicatrici ad applicare la procedura di verifica in contraddittorio contemplata dalla direttiva. Gli Stati membri possono imporre il controllo delle offerte qualora appaiano anormalmente basse, non già solo qualora esse siano in modo manifesto anormalmente basse. Esattamente come il giudice nazionale, la pubblica amministrazione, ivi compresa quella comunale, ha l'obbligo di applicare l'art. 29, n. 5, della direttiva, e di disapplicare le norme nazionali che siano con esso in contrasto.

Inoltre, in tutti i casi in cui talune disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, tanto se questo non abbia trasposto tempestivamente la direttiva nel diritto nazionale, quanto se l'abbia trasposta in modo inadeguato.

Così descritta, per linee generali, la progressiva affermazione del principio di effettività dell'ordinamento comunitario per via giurisprudenziale, si comprende che la successiva sentenza *Franovich*¹⁸, la prima storica affermazione della responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario, non è altro che l'evoluzione dei già predicati principi di *primauté*, di effetto diretto, di leale collaborazione e di obbligo di interpretazione conforme, di integrabilità del sistema comunitario con l'apparato rimediabile nazionale.

Nel 1991, in *Franovich*, la prima di una serie di sentenze che saranno analizzate in prosieguo, la Corte ha affrontato pienamente la questione della responsabilità dello Stato per violazione di diritto comunitario, affermando il suo fondamento nel Trattato istitutivo della Comunità Europea, anziché nel diritto nazionale. La Corte ha stabilito che si tratta di un principio di diritto comunitario, inerente al sistema del Trattato, in base al quale gli Stati membri sono tenuti a risarcire i danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario, potendone essere ritenuti responsabili.

Le condizioni alla stregua delle quali sorge un diritto al risarcimento dipendono dalla natura della violazione del diritto comunitario che è all'origine del danno provocato. Nel caso di specie, la violazione consisteva nella mancata trasposizione di una direttiva entro il termine prescritto e la Corte ha individuato i tre requisiti fondamentali della responsabilità: il risultato prescritto dalla direttiva deve implicare l'attribuzione di diritti agli individui; il contenuto di tali diritti deve essere individuato sulla base delle disposizioni di tale direttiva; ed, infine, deve esistere un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo dello Stato ed il danno subito dai soggetti lesi¹⁹.

Infine, qualora sussistano i presupposti occorrenti perché la direttiva possa essere fatta valere dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi della pubblica amministrazione, ivi compresi gli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicare la direttiva stessa.

¹⁸ CGE, C-6/90 e C-9/90, in *Racc.* I-5357; in *Foro it.*, 1992, 53, con nota di BARONE e PARDOLESI e in *Corr. Giur.*, 1992, 53, con nota di GIACALONE; in *Giur. It.*, 1993, I, 1, 1593 s., con nota di ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Franovich e le frontiere del diritto europeo*.

¹⁹ Nell'evoluzione giurisprudenziale il requisito dell'individuazione dei diritti sulla base delle disposizioni della norma violata è stato riformulato in maniera più ampia, richiedendosi l'esistenza di una violazione sufficientemente caratterizzata o qualificata o con terminologia sostanzialmente equivalente una violazione grave e manifesta. A meno di questa variante, la struttura tripartita dell'illecito è stata subito valutata come il dato di maggiore originalità dell'elaborazione della Corte. Cfr. MENGOZZI, *La responsabilità dello Stato per i danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario*, in *Riv. Dir. int.*, 1994, 617 s..

Ad onta delle affermazioni della Corte di un'automatica inerenza della responsabilità dello Stato al sistema del Trattato, deve ammettersi che il suo fondamento è puramente e semplicemente giurisprudenziale e che non sussistono indici normativi di diritto positivo che espressamente autorizzano l'applicazione dell'istituto²⁰. Vero è piuttosto che, attraverso le richiamate decisioni fra cui *Franovich*, la Corte di Giustizia, supplendo alla mancanza di un sistema costituzionale europeo e di un'espressa regolamentazione del rapporto tra le fonti, ha costruito l'architettura del sistema giuridico comune in modo tale da sollecitare l'affermazione di un autentico ordinamento giuridico, in cui il rispetto delle norme, pur non immediatamente assicurato dall'esercizio di forza legittimamente attribuita, come negli Stati membri titolari della sovranità tradizionalmente intesa, è tuttavia mediamente garantito dall'intervento dei giudici nazionali, i quali assumono perciò un ruolo del tutto peculiare: quello di "custodi" della sovranità europea ossia, secondo un'espressione invalsa, di giudici decentrati dell'ordinamento comunitario²¹.

Ad essi, i giudici, autentici protagonisti dell'integrazione comunitaria, la sentenza *Franovich* della Corte di giustizia, letta all'esito del descritto percorso giurisprudenziale, domanda un contributo decisivo per far sì che le norme dei Trattati e del diritto derivato non rimangano lettera morta: nel rispetto del diritto dell'Unione, dovranno far valere la primazia delle norme comunitarie su quelle nazionali, operando ora attraverso l'istituto della disapplicazione di atti legislativi o amministrativi interni, ora attraverso quello dell'interpretazione conforme delle norme nazionali; nella ricerca dello strumento processuale necessario al cittadino dell'Unione, dovranno utilizzare sapientemente, in modo sostanzialmente filo-europeo, l'analogia per le lacune rimediali; in particolare, i giudici devono bilanciare i principi procedurali del diritto interno con una esigenza di effettività più intensa e più grave di quella propria degli ordinamenti degli Stati membri e, dunque, in concreto modellare istituti processuali interni (come, a titolo di esempio, il principio della domanda, il

²⁰ CASTRONOVO, *La commedia degli errori nella responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto europeo ad opera del potere giudiziario*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 4, 945 s., ove si ragiona su quanto delineato in ID., *La responsabilità civile*, Manuale di diritto privato europeo, a cura di CASTRONOVO e MAZZAMUTO (Milano 2007), 215 s.

²¹ Tale considerazione trova ampio riscontro in dottrina e nella giurisprudenza della Corte. Cfr. già TIZZANO, *La tutela dei privati* cit., 13 s.; ID., *Ancora sui rapporti tra Corti europee*, cit., *passim*.

principio dell'onere della prova, la prescrizione, il divieto di *nova* nei gradi processuali successivi al primo) in maniera più confacente alla prospettiva e all'interesse del soggetto giuridico comunitario, secondo il principio di autonomia procedurale espresso in *Renve*²².

E' chiaro che tali operazioni interpretative richieste ai giudici nazionali dalla Corte non sono sempre lineari ed aliene da critiche di opportunismo: i cennati istituti di diritto interno, infatti, non attribuiscono di regola al loro interprete significativi margini di vaghezza. Ad esempio, per il diritto interno, una questione o è rilevabile d'ufficio o non lo è; la prescrizione decorre oppure ancora non decorre; la ripartizione dei carichi probatori è sufficientemente chiara e le incombenze definite. Non così nelle soluzioni fornite dalla Corte di giustizia, che propongono argomenti e declinano ragionamenti sempre nell'orbita del fine ultimo della promozione dell'integrazione fra i Paesi membri, aumentando il grado di flessibilità delle soluzioni adottate²³.

²² L'autonomia procedurale nel riparto di competenze fra Stato membro ed Unione costituisce il tema più fecondo di aperture ed evoluzioni giurisprudenziali. Cfr. LEANERTS, *Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union*, in *Cahiers de Droit Européen*, 2009, 45, 711. Ad esempio, nell'approfondire il corretto funzionamento del rinvio pregiudiziale, la Corte ha affermato che l'organo giurisdizionale remittente possa, una volta sospeso il procedimento in attesa del pronunciamento della Corte, concedere provvedimenti provvisori, se del caso disapplicando norme nazionali che ostano alla loro adozione. Sul punto si veda CARANTA, *L'ampliamento degli strumenti di tutela cautelare e la progressiva comunitarizzazione delle regole processuali nazionali*, in *Foro amm.*, 1996, 9, 2543.

²³ Problema aperto è poi l'esatta configurazione del rapporto dell'istituto con le fonti comunitarie e le fonti interne. Cfr. sul punto, GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Tratt. Dir. priv.* (a cura di IUDICA e ZATTI), Milano, 2013, 111 s.. Per provare a fornire una risposta alla *quaestio*, occorre prendere le mosse dalla storia e dalla struttura costituzionale degli Stati membri e dell'Unione Europea. Il processo di formazione degli Stati membri dell'Unione e la loro struttura costituzionale sono riferibili ad un unico modello: lo Stato nazionale costituzionale, con un parlamento democraticamente eletto, un capo dello Stato, coincidente o meno con il capo dell'Esecutivo, una magistratura esercitante la funzione di controllo della tutela dei diritti dei cittadini. La genesi dello Stato si è poi storicamente avverata attorno al concetto di nazione, cioè di popolo unito da lingua, cultura, tradizioni etniche comuni.

L'Unione Europea partecipa viceversa dei caratteri dell'organizzazione internazionale, esprimendo in maniera più attenuata le caratteristiche degli Stati nazionali. Ad esempio, l'Unione Europea è protetta da una magistratura che non esercita un sindacato pieno, autonomo e indifferenziato quanto alle posizioni da tutelare come negli Stati membri.

Sotto altro profilo, il Parlamento non ha un autonomo potere legislativo, dovendo dividerlo con la Commissione (i cui membri sono designati dagli Stati membri) nell'ambito della procedura di codecisione.

Nel processo di formazione storica tanto degli Stati quanto dell'Unione poi, per quanto in entrambi i casi *élites* tecnocratiche ed intellettuali abbiano parimenti esercitato un ruolo rilevante ed abbiano attivato un processo sociale, l'esito storico dei due processi è finora profondamente diverso, perché l'Unione Europea in quanto organizzazione di Stati non è dotata dello stesso grado di autonomia, normativa, amministrativa, giudiziale, dei suoi Stati membri.

Questa rapida visione d'insieme può spiegare perché la nozione di ordinamento, intesa come complesso di norme, rapporti, istituzioni, se applicata agli Stati membri e all'Unione Europea si atteggi in modo irriducibilmente diverso, talché è improprio parlare, per gli uni e per l'altra indifferentemente, di "ordinamento". L'autonomia costituzionale degli Stati membri è infatti la cifra

Punto d'arrivo (temporaneo) della delineata costruzione di un ordinamento effettivo è perciò il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno nel caso di rottura dell'ordine comunitario. Laddove l'applicazione del modello d'interpretazione giuridica comunitaria non riesca a sanare la violazione del precetto comunitario da parte dello Stato (attraverso la disapplicazione della norma, del provvedimento o della sentenza nazionale o attraverso la loro

che manca all'Unione Europea perché si possa parlare di un ordinamento giuridico completo nella stessa misura di quello statale.

Sembra peraltro corretto, a livello costituzionale, esprimere una visione monistica dei rapporti fra più ordinamenti allorché prevalga l'elemento di unità come nel caso di quegli ordinamenti che, costituzionalmente non omogenei, confluiscono e coincidano in uno superiore e dotato di effettiva autonomia (come nel caso degli Stati regionali e degli Stati federali); all'inverso, esprimere una visione dualistica quando più ordinamenti, quale che sia il loro grado di pertinenza ad un *unicum*, mantengano una reciproca autonomia costituzionale, normativa, amministrativa e giudiziale. Quali le conseguenze che tale analisi ha nel collocamento dell'illecito euro-unitario tra ordinamento nazionale ed ordinamento europeo? A ben vedere, la questione del collocamento (tanto della fonte regolatrice del fatto illecito quanto di quella regolatrice delle conseguenze risarcitorie) non può essere risolta né adottando una visione monistica, perché l'Europa non è uno Stato federale o regionale (lo si potrà fare allorché, auspicabilmente, sorgano gli Stati Uniti d'Europa); né adottando una visione dualistica, perché se concettualmente l'Europa e gli Stati sono autonomi sono al tempo stesso profondamente interdipendenti sotto tutti i quattro profili segnalati.

E' chiaro, ad esempio, che sotto il profilo normativo l'art. 117 – per il quale cfr. nota 20 - della Costituzione italiana, espressamente emendato con la legge Costituzionale 3/2001, va preso sul serio e costituisce ben più di un mero parametro di costituzionalità del diritto italiano, rappresentando un ponte per la piena validità ed efficacia del diritto comunitario nell'ordinamento interno, pur se adottato storicamente dopo l'affermazione in via giurisprudenziale di tale regola. E' costituita cioè una stabile interdipendenza normativa tra i due ordinamenti, perché lo Stato italiano, giuridicamente e costituzionalmente autonomo da quello europeo, optando con il novellato art. 117 Cost. per il rinvio mobile o dinamico al diritto europeo, finisce per dipenderne normativamente finché farà parte dell'Unione europea; l'Unione Europea, dal canto suo, dipende, pur essa normativamente, dall'adesione e dalla partecipazione di ogni singolo Stato e senza l'apporto di ciascuno di essi non è pensabile. Una disposizione come 117 Cost. induce a ricordare che le norme degli ordinamenti dei singoli Stati membri concorrono tutte all'emersione del diritto, della situazione giuridica di vantaggio, dell'interesse di matrice europea (cfr. AA.VV., *La competizione tra ordinamenti giuridici*, a cura di PLAIA (Milano 2007).

Senza perciò aderire ad una nozione monistica, ché di un solo ordinamento è giuridicamente inappropriato parlare, non può però sottacersi né trascurarsi l'effetto di sintesi giuridica dei due ordinamenti, positivamente stabilito da norme di ciascuno dei due: quanto perciò alla responsabilità comunitaria, sintetica è l'origine delle valutazioni di illiceità, sintetica è la sede delle loro conseguenze. Origine e conseguenze dell'illecito vanno cioè idealmente collocati nell'uno e nell'altro ordinamento, in quanto ambedue condividono e partecipano della definizione e dell'illecito e della previsione della sanzione conseguente, su basi di autentica legittimità formale. In questo senso, GENTILI, *op. cit.*, 115, deduce che l'idea del diritto come fatto è causa delle difficoltà nel rapporto tra ordinamento comunitario ed interno: “muovendo dall'idea che base di un ordinamento è la sovranità, cioè il *fatto* della forza, sono fatti (allora si “autonomi e distinti”) anche l'ordinamento comunitario e nazionale, e due diversi fatti normativi con difficoltà si piegano ad una contemporanea applicazione ed a una comune interpretazione. Se insistiamo a guardare la sovranità, l'ordinamento, la legalità, la validità, come fatti, tutto si confonde. Potremmo guardarli altrimenti? Spogliatici delle nostre venerabili categorie culturali non vedremo che testi, che esprimono regole. Ebbene, le regole si possono combinare; oppure subordinare; o anche elidere: è questione di logica del *discorso* (corsivo nel testo, n.d.r.). Se perciò entriamo nell'idea che quei pretesi “fatti” sono solo punti di vista, discorsi, più o meno compatibili, il pluralismo del sistema aperto riprende senso”. In tal senso il medesimo Autore aveva precedentemente suggerito di tralasciare l'ottica dicotomica monismo-dualismo, proprio nel presupposto che la sovranità, l'ordinamento, la legalità e la validità, intesi come fatti, sono concetti che mostrano la loro inadeguatezza a fronte di sistemi giuridici aperti e interconnessi. Cfr. sull'argomento GUASTINI, *Diritto internazionale, diritto comunitario, diritto interno: monismo o dualismo?* in *Scritti Paladini*, III, Napoli, 2004, 1194 s..

interpretazione conforme), *Francovich* riconosce il diritto al risarcimento del danno. Si tratta di una decisione inedita solo a livello comunitario poiché già alcune corti europee avevano fatto applicazione del principio.

Acclarato l'esclusivo fondamento giurisprudenziale della regola, è vero che *Francovich* e le successive sentenze della Corte di giustizia la ricollegano alle disposizioni del Trattato (contenute nell'attuale art. 5 del T.U.E.), che prescrivono agli Stati un dovere di assistenza all'Unione per il perseguimento dei suoi scopi e un dovere di astensione da rischi che possano mettere in pericolo tale perseguimento; è tuttavia altrettanto pacifico che tali disposizioni costituiscono un referente normativo caratterizzato da profonda vaghezza ed atipicità dei contenuti²⁴.

Le misure menzionate dall'attuale art. 5 T.U.E. possono infatti essere immaginate come di carattere amministrativo ma nulla autorizza, in un sistema ad impianto legalistico, a pensare che la Comunità, ed oggi l'Unione, europea possa imporre in via interpretativa un sistema di responsabilità civile a carico degli Stati membri, da questi non espressamente accettato attraverso classici strumenti normativi di recepimento o attraverso l'adesione a trattati²⁵.

Le considerazioni fatte inducono anche a soffermarsi sul metodo dell'analisi del diritto che sembra necessario e opportuno avere in mente nel considerare le decisioni della Corte: decisioni che, nella condivisione dello spirito del *leading case*, aggiungono spesso qualcosa alla disciplina dell'istituto. Sarà infatti, di volta in volta, inevitabile presupporre alle notazioni sulla struttura e sulla funzione

²⁴ In base all'art. 5, T.U.E. "In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. (II) Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. (III) Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione.

²⁵ Va aggiunto che gli ordinamenti interni degli Stati membri contengono talora disposizioni che riconoscono la cogenza dei vincoli comunitari in generale o della regola della responsabilità dello Stato in particolare. Così l'art. 117 della Costituzione italiana, come emendato a seguito dell'approvazione della legge costituzionale 3/2001, prevede che "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali". In questo modo i vincoli di rispetto del Trattato, dei regolamenti, delle decisioni e delle direttive *self-executing*, salvo l'obbligo di interpretazione conforme ed il risarcimento del danno per l'omessa trasposizione delle direttive non *self-executing*, assurgono al grado di parametro di costituzionalità della norma interna. Non solo ma come osserva CARBONE, *Inadempimento dello Stato all'obbligo da direttiva: responsabilità ex artt. 1218 o 2043 c.c.?*, nota a Cons. Stato, IV, 31 gennaio 2012, n. 482, in *Danno Resp.*, 2012, 7, 739, nota 12, l'art. 117 Cost. "vincola direttamente il giudice italiano nell'interpretare ed applicare la normativa vigente, a privilegiare non solo un'interpretazione costituzionalmente orientata, ma anche rispettosa delle disposizioni europee".

delle fattispecie normative, talora frutto di creazione giurisprudenziale, il descritto contesto di crescita e di sviluppo dell'effettività dell'ordinamento giuridico europeo, promossi per impulso della Corte di giustizia.

L'ampiezza delle soluzioni giuridiche, pur non dovendo essere pregiudizialmente assunta come un valore da esaltare, può essere letta come un portato necessario degli sforzi giudiziali di far progredire un ordinamento, comunque incompiuto rispetto agli Stati nazionali²⁶. In questo senso, il privatista interno, figlio dell'impostazione metodologica del codice civile e proclive ad assumere come valori del diritto la razionalità sistematica, l'ordine concettuale, la chiarezza e l'analiticità nella costruzione delle strutture degli istituti e nell'assegnazione delle funzioni, potrà sovente essere critico nei confronti dei ragionamenti elaborati dalla Corte di giustizia, siccome approssimativi nell'argomentazione tecnica e carenti del rispetto di questi valori. Da questo punto di vista, l'approssimazione è l'altra faccia della flessibilità dell'argomentazione della Corte, in quanto orientata alla garanzia dell'effettività²⁷.

Dovendosi interrogare sulle condizioni che ostacolano una maggiore accuratezza tecnica delle sentenze della Corte, sembra dirimente fra le varie, possibili ragioni (la relativamente giovane età dell'Unione europea, la provenienza da tradizioni giuridiche e culturali in taluni casi disparate dei

²⁶ Cfr. IRTI, *Il metodo*, in CASTRONOVO, MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, cit., 57 s.. osserva brillantemente che non di diritto europeo come corpo di regole sospeso al di sopra dei diritti nazionali debba parlarsi ma, piuttosto, di fonti europee dei diritti nazionali e del diritto europeo quale espressione riassuntiva dei diritti nazionali uniformi. "In questa prospettiva – aggiunge l'Autore – lo stesso problema del metodo prenderebbe diversa orientazione: metodo, non già di un diritto europeo sovrastante ai diritti nazionali, ma di diritti nazionali resi uniformi, e dunque accoglienti, nella loro storicità". Donde sarebbe agevole concepire "inusitate reazioni, impasti interpretativi, conflitti di principi". Esempio in questo senso è la vicenda della responsabilità dello Stato membro, la cui cifra peculiare ed originale è il rapporto trilaterale tra Stato, Unione e singolo; cfr. in proposito PLAIA, MAZZAMUTO, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Milano, 2012, 12, ove si chiarisce che "l'ordine giuridico europeo ha natura "composita" e proprio per tale caratteristica annovera tecniche di protezione diverse e più complesse rispetto a quelle tipicamente di diritto interno (i privati possono, ad es., agire contro i rispettivi Stati): sicché, può dirsi che ai tradizionali rapporti di tipo *bilaterale*, simbolizzati dalla dialettica tra l'autorità e la libertà, subentrano rapporti di tipo *trilaterale*, in cui il privato ottiene tutela dal potere pubblico superstatale contro il potere pubblico nazionale" (corsivo nel testo).

²⁷ LIPARI, *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2010, 1, 5, interrogandosi sulle peculiarità delle categorie giuridiche del diritto privato europeo, sostiene che può accadere che "la fonte comunitaria risulti dettata in funzione o in vista di criteri applicativi non sempre presenti nel modo con cui sono state intese ed attuate le fonti interne, anche se la tecnica con cui operano gli organismi europei, tendenzialmente rivolta alla produzione di determinati effetti, di regola rifugge da criteri classificatori, nella consapevolezza di una loro non omogenea utilizzazione nei vari contesti nazionali".

giudici) l'assenza di un codice civile europeo che, in ogni caso, possegga le stesse caratteristiche di sintesi, concisione, precisione e ordine dei codici nazionali²⁸. In assenza di un reticolato concettuale e normativo di un codice sembra, infatti, inevitabile che le sentenze della Corte di Lussemburgo appaiano alla dottrina talora ondivaghe e poco controllate nell'argomentazione.

Queste notazioni non implicano poi, necessariamente, un'entusiastica adesione ad ogni novità escogitata sulle colline del *Kirchberg* ma sollecitano, a volte, una tolleranza storicamente giustificata riguardo carenze tecniche e argomentative, delle quali pure, ovviamente, dovrà darsi conto²⁹.

E' chiaro dunque che, in assenza di una normativa comunitaria o nazionale della responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario, la disciplina di riferimento va rinvenuta, soprattutto, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea³⁰. Tale fonte, senza nulla togliere alla rilevanza del formante giurisprudenziale, ampiamente evidenziata, costituisce un limite consistente al raggiungimento di un grado di certezza normativa sufficiente al livello applicativo.

Quanto alla struttura delle decisioni della Corte, essa avalla certamente una distinzione fra *rationes decidendi*, costituenti il principio decisivo dirimente per la decisione e dotato di maggiore forza orientatrice, ed *obiter dicta*; così come è agevole rinvenire l'adesione ad orientamenti precedentemente espressi od un motivato *revirement*, in modo da verificare la maggiore o minore ortodossia della sentenza. Tuttavia, fattori come la logica spesso più argomentativa e discorsiva che non rigorosamente normativa delle motivazioni delle sentenze della Corte e la natura non totalmente vincolante dei suoi *decisa* all'interno degli ordinamenti nazionali (stando almeno alle Costituzioni nazionali) ne

²⁸ MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 1992, 522; MAZZAMUTO, *Il diritto europeo e la sfida del codice civile unitario*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2012, 1, 98 s..

²⁹ Cfr. BAIRATI, *La responsabilità dello Stato-legislatore la componente culturale e gli impulsi della Corte di giustizia europea nella relativizzazione delle categorie nazionali*, CDCT working paper 6-2012/European legal culture, <http://www.cdct.it/Pubblicazioni.aspx>, 4, parla di "confusione concettuale derivante dalla rilettura in chiave di categorie nazionali degli strumenti elaborati dalla Corte di Giustizia". In questo senso le carenze sarebbero il riflesso di una visione relativa, dell'adozione di una prospettiva meramente interna.

³⁰ PETRUSO, *Osservazioni sulla responsabilità dello Stato membro per illecito euro-unitario alla luce della giurisprudenza della Corte europea di Giustizia*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 693 s..

contrassegnano un'efficacia persuasiva autorevole ma "mite"³¹. Esiste in particolare una dimensione di dialogo, giuridicamente garantito e reciprocamente riconosciuto, fra le Corti supreme nazionali e la Corte di Lussemburgo che fa sì che non ogni novità coniata dalla seconda sia necessariamente considerata come "diritto vivente" dalle prime.

Inoltre, l'ampia utilizzazione di concetti normativi caratterizzati da vaghezza linguistica o non espressamente regolamentati a livello positivo (ad es., violazione sufficientemente grave, seria o qualificata; attribuzione normativa di diritti) determinano la particolare importanza della singola interpretazione nel contesto nazionale e dunque il rischio di interpretazioni non uniformi³².

Ciò posto, l'affermazione giurisprudenziale del principio di responsabilità dello Stato non è stata ritenuta del tutto sufficiente e si sono progressivamente posti dubbi sulla disciplina applicabile alla figura d'illecito creata. Segnatamente, la dottrina ha preso atto che l'applicazione delle condizioni della responsabilità civile per l'inadempimento del diritto comunitario lascia un margine di manovra alla Corte di Giustizia ed ai Giudici nazionali ed ha perciò inteso sollevare diverse ulteriori questioni. Che tipo di interessi meritano protezione? Che tipo di perdita merita risarcimento? E' necessaria la sussistenza di un danno emergente o è sufficiente un lucro cessante? E' necessario che la perdita vada oltre l'ordinario corso delle vicende umane? E' necessario che il danno sofferto non sia troppo remoto dal danno-evento? E' necessaria la prevedibilità del danno? Occorre che il comportamento illecito o è sufficiente che ad esso possa prevedibilmente collegarsi un danno individuale? Quale il ruolo della colpa ed, eventualmente, della colpa lieve? Quale il ruolo del fatto colposo del creditore? Quali regole di responsabilità solidale sono applicabili nel caso di più autori dell'illecito?³³

³¹ A fronte cioè di un'accettazione generalizzata dell'istituto non sono mancate, fino a tempi recenti, sentenze delle Corti superiori degli Stati membri che escogitano significative deroghe. Per alcuni esempi cfr. GRANGER, *National applications of Francovich and the construction of a European administrative jus commune*, European Law review, 2007, 32, 157 s.

³² Certamente, un argomento di questa rilevanza necessita di una regolamentazione appropriata da parte del legislatore europeo, in forma probabilmente di vero e proprio Regolamento; ancor più opportuno sarebbe però un esplicito riferimento nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea: così ritiene FERRARO, *La responsabilità risarcitoria*, cit., 264.

³³ Quesiti che espressamente si pongono EDWARD, ROBINSON, *Is there a place for private law principles in community law?*, in HEUKELS, MCDONNELL (a cura di) *The action for damages in Community Law*, L'Aia, 1997.

Un'ultima notazione. Va colta una differenza specifica con la storia della responsabilità dei pubblici poteri nei singoli Stati membri dell'Unione, la quale è stata orientata soprattutto al fine di affermare il passaggio dallo Stato assoluto allo Stato di diritto³⁴. Vale a dire che negli ordinamenti europei si è

³⁴ Per il debito approfondimento in senso storico e comparatistico, cfr. LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità degli Stati*, Torino, 2005. Vi si ricercano le ragioni storiche più antiche del tema, analizzando le caratteristiche dei modelli nazionali di responsabilità dello Stato, ed evidenziandone le rifuenze sull'illecito euro-unitario. L'approccio metodologico sotteso a tale ricerca si basa sull'assunto che la comprensione e l'edificazione del sistema giuridico comunitario non possono prescindere da uno studio comparatistico delle teorie nazionali della responsabilità dello Stato: i formanti nazionali, infatti, procedono ad una lenta e travagliata rivisitazione delle fondamenta dell'istituto della responsabilità dello Stato all'insegna del paradigma comunitario. Si ipotizza perciò, da questo versante, una reciproca influenza in atto fra teoria della responsabilità degli Stati in senso lato e teoria della responsabilità degli Stati per violazione del diritto nazionale.

Osservando l'evoluzione di alcuni modelli nazionali, in ambito inglese, si è così assistito allo sviluppo del modello antropomorfo di responsabilità, basato sul *body politic* della Corona, concettualmente immune da ogni responsabilità, secondo il brocardo "*The King can do no wrong*". In particolare, il mito culturale e politico della Corona simboleggia la comunità inglese per secoli, precedendo storicamente il concetto di Stato che, secondo quest'opinione, in realtà non si è mai affermato nel Regno Unito nella misura della tradizione giuridica continentale. L'immunità da ogni responsabilità, di cui gode storicamente il sovrano inglese, è stata nel tempo concettualmente estesa prima all'apparato amministrativo e poi allo stesso parlamento di *Westminster*: "*as the King can do no wrong, so neither can the law*" si legge in un precedente del 1755. Il principio dell'immunità del sovrano e dell'apparato statale, rafforzato nello Stato assoluto di Hobbes, continua ad avere vigore anche in presenza dell'ispirazione culturale più moderna dello Stato di diritto di Locke e di Bentham, arrivando impregiudicato fino al Novecento. In particolare, coesistente allo Stato di diritto, cioè alla piena e autentica garanzia giurisdizionale dei diritti e delle libertà attribuite ai singoli, è l'argomento per cui la responsabilità civile dello Stato non lo rende pienamente libero nelle finalità di garanzia che esso stesso legittimamente si propone di perseguire.

Nel secolo breve, l'assunto tralaticeo dell'esenzione della responsabilità finisce però per diventare un crittotipo, per usare una nozione sacchiana, e si cominciano ad ammettere ipotesi circoscritte di responsabilità nei riguardi del funzionario pubblico agente. Successivamente, il *Crown Proceeding Act* del 1947 assoggetta lo Stato britannico alla stessa responsabilità civile del soggetto privato dotato di piena capacità di agire, considerando tre categorie: gli illeciti commessi dai dipendenti o rappresentanti; le violazioni commesse nei loro confronti; le violazioni connesse agli obblighi derivanti dalla proprietà, dal possesso e dal controllo dei beni.

Oggi, in assenza di un regime speciale per la responsabilità dello Stato, i *torts* attraverso i quali viene fatta valere detta responsabilità sono quelli di *negligence*, *misfeasance in a public office* e *breach of a statutory duty*; fuori discussione l'irresponsabilità del parlamento, la responsabilità della pubblica amministrazione dipende dalla colpa (*faute*), restando limitata una responsabilità in senso oggettivo esclusivamente alle ipotesi di custodia di cose pericolose.

Volgendo lo sguardo all'evoluzione del sistema francese, esso è basato anzitutto su una diversa accezione della sovranità, basata sulla monarchia soltanto fino alla fine del diciottesimo secolo ed alla Rivoluzione; dall'affermazione degli ideali rivoluzionari in poi, si comincia ad affermare l'idea di *responsabilité administrative*, con un doppio binario di tutela tra diritto privato e diritto amministrativo ed accento posto su quest'ultimo. In particolare, una distinzione importante coniata oltralpe è tra *faute personnelle* e *faute de service publique*; la prima può essere attribuita personalmente a un amministratore dell'ente pubblico, senza collegamento con il servizio pubblico erogato; la seconda è viceversa collegata con il servizio pubblico, potendovi incorrere tanto un amministratore individuale che la burocrazia impersonale se la *faute* non può essere individualizzata. In linea di principio, una rivendicazione per danni causati da un *faute personnelle* deve essere depositata in un tribunale civile (alla responsabilità della p.a. non si applica il codice civile), mentre un reclamo per i danni causati da *faute de service publique* deve essere depositato in un tribunale amministrativo.

Lo sviluppo di un sistema di responsabilità amministrativa, che gode di autonomia reale dal diritto privato, è il risultato di una rigorosa applicazione del principio di separazione dei poteri (che è di valore costituzionale nel diritto francese). Così, una conseguenza della divisione tra responsabilità civile e amministrativa è che la legge applicabile in caso di negligenza medica dipende dalla questione se il paziente sia stato trattato in un ospedale di Stato o in una clinica privata.

storicamente affermata la responsabilità civile dello Stato al fine di garantire maggiori spazi di tutela ai cittadini nel rapporto con un potere pubblico storicamente immune, in ragione del principio ampiamente dibattuto e tipicamente inerente alla responsabilità dei *public bodies*, secondo cui “*the king cannot do wrong*”. E’ vero infatti che anche in età moderna, argomentando dalla tradizione illuministica della separazione dei poteri, dalla responsabilità prettamente politica dei legislatori eletti dal popolo e della sottoposizione dell’esecutivo e del giudiziario al solo legislativo, si è tradizionalmente esclusa la responsabilità civile dello Stato o della Pubblica Amministrazione in quanto tali. A partire dal diciottesimo secolo, tuttavia, la regola è stata,

La specialità della responsabilità amministrativa ha poi fatto sì che nella giurisprudenza del *Conseil d’Etat* si sia distinto, nell’ambito della *responsabilité de service publique*, tra *responsabilité pour faute*, basata su un concetto di colpa oggettivizzata modulata secondo le esigenze dell’amministrazione statale, considerata quale apparato distinto dall’operato umano; e, dall’altro lato, di *responsabilité sans faute*, per disciplinare i casi di responsabilità oggettiva.

Passando ad altro punto di vista, la Spagna è invece l’ordinamento che mostra la maggiore apertura alla teoria della responsabilità dello Stato, al punto da indurre la dottrina a parlare di “overcompensation”. Sembra quasi che il modello possa essere declinato più in termini di garanzia che di responsabilità.

La responsabilità amministrativa spagnola nel novecento si è del tutto emancipata dalla connotazione soggettiva tipica del modello inglese, a partire dalla *Ley de Expropiación Forzosa* del 1954. Dato storicamente determinante della (tarda) affermazione della responsabilità dei pubblici poteri nel sistema spagnolo è l’ascesa al potere del generale Franco; la disciplina della responsabilità statale s’inquadra nel tentativo di legittimazione giuridica del regime dittatoriale spagnolo. Fino ai primi anni settanta tuttavia una giurisprudenza particolarmente restrittiva rende il dato della responsabilità della pubblica amministrazione sovrastato e ridimensionato dalla realtà sociale di una lunga dittatura e di una profonda spaccatura politica.

Con la fine della dittatura, la Costituzione del 1978, afferma i principi dello Stato di diritto e della responsabilità dei pubblici poteri e riconosce esplicitamente la responsabilità patrimoniale dei pubblici poteri: “*La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la irretroactividad de la disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*” (art 9; comma III); “*Los particulares, en los terminos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*” (art. 106, comma II).

Seguirà l’approvazione della legge 30/1992 sul regime giuridico della pubblica amministrazione e la consolidazione di un’affermazione giurisprudenziale in termini puramente oggettivi della responsabilità.

Cifra comune agli ordinamenti nazionali in tema di responsabilità dello Stato è il principio dell’irresponsabilità del legislatore, fattore necessario alla sovranità statale: non può esistere vero Stato di diritto se il legislatore non possa liberamente svolgere la funzione di coazione al rispetto dei precetti giuridici e su questo principio non ha inciso neanche l’introduzione della Costituzione. In parziale deroga, la giurisprudenza spagnola ha riconosciuto che l’innovazione legale in determinati casi, assimilabili soprattutto alle c.d. leggi-provvedimento, può originare una frustrazione di legittime aspettative e pregiudizi economici meritevoli di un certo grado di compensazione.

Conclusivamente, il primo paradigma che è stato necessario rivisitare, in vista dell’affermazione della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, è stato perciò quello della sovranità statale. Tale passaggio è stato realizzato da alcune sentenze della Corte europea di giustizia che hanno sancito il passaggio alla sovranità europea multilivello e, sotto un profilo di gerarchia delle fonti, la prevalenza della fonte comunitaria sulla fonte nazionale.

A partire da *Francoovich* in poi si registra una dialettica fra convergenza e divergenza dei paradigmi nazionale e comunitario, alcune decisioni prestando esplicita adesione ai dettami della Corte europea, compreso il caso di responsabilità del legislatore, altre negandola.

progressivamente e lentamente, messa in discussione da talune prese di posizione della dottrina e della giurisprudenza dei singoli Paesi europei, con posizioni in taluni casi espressamente condivise dai legislatori nazionali; ed all'esito di questo percorso, il brocardo *The King cannot do wrong* può dirsi oggi entrati in crisi in molteplici settori e consegnato alla storia del dibattito, benché alcune decisioni giurisprudenziali continuino a farvi riferimento, professandone il rispetto³⁵. D'altra parte, se l'immunità del soggetto pubblico dal *neminem laedere* è un concetto evidentemente recessivo, alla luce di varie espressioni dell'attualità giuridica, la libertà del legislatore o l'indipendenza della magistratura sono motivi di più attuale obiezione all'applicazione integrale del regime di responsabilità civile comune allo Stato; ed occorre anche segnalare ragioni diverse da quelle tradizionali per la permanenza di restrizione di carattere politico alla piena applicazione della responsabilità, dato che la condanna dello Stato può determinare significativi squilibri di bilancio, specie nei casi di *mass torts*. Nella responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione, tali questioni, che potremmo sinteticamente definire come le "ragioni dell'immunità" dello Stato, assumono minore rilevanza, proprio perché il fine ultimo e prevalente dell'istituto non è tanto la tutela dei diritti dei singoli nel rapporto con il potere ma il rafforzamento di un sistema giuridico (quello europeo) ad elevato rischio di ineffettività.

³⁵ Cass. Civ. 4915/2003, Foro it., 2003, I, 2015 s., con nota di SCODITTI, *Ancora sull'illecito dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*, che ha escluso il risarcimento del danno per ritardata attuazione di direttiva, affermando la libertà nei fini della funzione legislativa in quanto espressione del potere politico e traendo da ciò l'insindacabilità giurisdizionale di tale potere ai fini dell'azione di risarcimento dei danni. Cfr. anche GRANGER, *National applications of Francovich and the construction of a European administrative ius commune*, in *Eur. Law rev.*, 2007, 32, 2: "even in flagrant cases of non-transposition of EC law by the national legislator, many courts were uncomfortable with the idea that <<the King could do wrong >> (corsivo nel testo, n.d.r.), and found ways around such an admission". Più in generale, l'immunità è concetto largamente recessivo in molti settori del diritto civile: si pensi alla famiglia o alla responsabilità professionale. Si afferma l'idea che escludere per ragioni politiche la responsabilità civile sia contrario alla piena attuazione dei diritti democratici della persona e del cittadino. La responsabilità piena e senza sconti è portata dell'attuazione, per certi versi mitizzata, del principio di uguaglianza formale: l'esclusione della responsabilità, in questo senso, assume le vesti di odioso privilegio, di ingiusta esenzione e si rincorrono soluzioni, normative e giurisprudenziali, per superare le tradizioni interpretative di sottrazione dei componenti di alcuni gruppi sociali, dei titolari di alcuni *status* professionali dal regime di responsabilità civile.

Tuttavia è certo che, almeno nella responsabilità civile del potere nei confronti del cittadino, le ragioni di tutela vadano bilanciate con ragioni di pubblico interesse: il giudice di una controversia non può essere indiscriminatamente chiamato a rispondere civilmente di qualunque errore commesso nel giudizio; la pubblica amministrazione deve mantenere, uno spazio di discrezionalità sindacabile esente da civili responsabilità dell'apparato e dei singoli funzionari agenti solo per macroscopiche illegittimità o travisamenti; il legislatore, istituzione che tradizionalmente "mette in moto" la sovranità dello Stato, è nella democrazia liberale libero nei fini.

2. L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Fino alla sentenza *Francovich* del 1991, la specifica questione della responsabilità dello Stato era stata affrontata da parte del Giudice Comunitario con conclusioni esclusivamente negative; i giudici nazionali, viceversa, avevano alternato casi di condanna dello Stato al risarcimento del danno a casi di negazione della stessa³⁶. Da *Francovich* in poi si sono susseguite sentenze che hanno progressivamente ampliato i profili di disciplina della responsabilità, come in una catena giurisprudenziale, il cui esame risulta particolarmente utile. In *Francovich*, la Corte di Lussemburgo ha stabilito che la mancata trasposizione entro i termini di una direttiva comporta la responsabilità dello Stato per i danni cagionati ai singoli. Nella fattispecie, la direttiva 80/987/CEE predisponesse misure di protezione dei lavoratori nel caso d'insolvenza dei datori di lavoro. Come la Corte aveva avuto modo di accertare a seguito di un ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione, l'Italia non aveva dato corso all'attuazione della direttiva³⁷. I Pretori di Bassano del Grappa e di Vicenza hanno perciò effettuato un rinvio pregiudiziale, chiedendo alla Corte se la mancata applicazione entro il termine previsto potesse costituire fonte di responsabilità risarcitoria a carico dello Stato italiano inadempiente. Nella prima parte della sentenza, la Corte ha affermato che la direttiva 80/987/CEE non era provvista di effetto diretto, in difetto del carattere di sufficiente precisione e incondizionatezza delle sue norme. Ciò nel presupposto che gli Stati membri disponevano di un ampio margine discrezionale in ordine all'organizzazione e al finanziamento (integralmente assicurato dai pubblici poteri o da contributi dei datori di lavoro) dell'organismo di garanzia. Era perciò fuori discussione l'applicazione diretta della direttiva.

Tuttavia, argomentando a partire dai fondamenti dell'ordinamento

³⁶ Cfr PEREZ GONZALEZ, *Responsabilidad del Estado frente a particulares por incumplimiento del derecho comunitario*, Valencia, 2001, 78. La circostanza che la responsabilità comunitaria sia stata storicamente oggetto delle prime aperture da parte della giurisprudenza nazionale ha valenza non solo episodica. Accanto alla spinta centrifuga impressa dalla Corte e dalla Commissione per lo sviluppo del diritto comunitario, è infatti significativo che da parte di organi istituzionali degli Stati membri sia stata sollecitata un'attrazione in senso opposto, centripeto, con ciò evidenziando che negli Stati membri vi è stata una spinta autonoma ad appropriarsi del ruolo di giudici decentrati del diritto comunitario.

³⁷ Segnatamente con la direttiva 80/987/CEE prevede che gli Stati membri adottino le misure necessarie affinché gli Istituti di garanzia istituiti o designati dagli Stati stessi assicurino il pagamento degli emolumenti e delle retribuzioni dovute ai lavoratori dipendenti.

comunitario e dall'obbligo del giudice di garantire la piena efficacia del diritto comunitario e di tutelare i diritti che quest'ultimo conferisce ai singoli, nella seconda parte della sentenza la Corte ammette che sarebbe messa a rischio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile a uno Stato membro.

La Corte ritiene così necessario garantire il risarcimento nei casi in cui la piena efficacia del diritto comunitario è subordinata a un'azione di tale Stato, come nel caso emblematico della necessità di attuare una direttiva.

Richiamando l'articolo 5 del trattato CEE (poi art. 10 del trattato CE ed oggi art. 5 T.U.E.)³⁸, la Corte perviene alla conclusione per cui il diritto comunitario impone il principio secondo cui gli Stati membri sono tenuti a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario a essi imputabili; è poi ritenuto che il principio della responsabilità dello Stato risulti inerente al sistema del trattato, secondo una formula poi costantemente ripresa nella giurisprudenza della Corte³⁹.

Il Trattato, stando alle parole del Giudice comunitario, ha cioè creato un vero e proprio ordinamento giuridico, integrato nei sistemi giuridici degli Stati membri e con l'attitudine di imporsi ai loro organi giurisdizionali: un ordinamento foriero di obblighi e diritti, tanto a carico dei particolari quanto a carico degli Stati, prescindendosi da un'attribuzione esplicita dei diritti. La tutela di tali diritti sarebbe infirmata – e la loro attribuzione meramente labiale – ove il risarcimento non fosse garantito in caso di lesione⁴⁰.

³⁸ In virtù del quale “Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità”.

³⁹ E' chiaro perciò, come afferma GUICHOT, *La responsabilidad extracontractual de los poderes publicos segun el Derecho Comunitario*, Valencia, 2001, 536, che “el principio de responsabilidad se afirma, al menos en cierta medida, de forma instrumental para lograr el cumplimiento general de sus obligaciones por parte de los Estados”.

⁴⁰ Corte di giustizia CEE 19 novembre 1991, n. C-6/90 e C-9/90 – *Francovich* e Bonifaci c. Repubblica Italiana in *Corr. Giur.*, 1992, 1, 53, con nota di GIACALONE, *Vecchio e nuovo nella tutela dei singoli in relazione a norme comunitarie inattuate* ove si nota: “affermare l'indispensabilità della tutela risarcitoria a favore dei singoli, proprio in rapporto all'inerzia degli Stati nell'attuazione di norme non immediatamente efficaci, significa formulare una considerazione di carattere esclusivamente politico, che non può neanche rappresentare un argomento di interpretazione logica, se non è agganciato alla esatta individuazione della situazione giuridica dei singoli che sarebbe lesa dalla inerzia dello Stato nei casi in esame (p. 59)”. La Corte di Giustizia è tornata poco tempo dopo a pronunciarsi

Per quanto consolidata sia stata a partire da *Franco*, tanto nella giurisprudenza comunitaria quanto in quella interna, l'applicazione della regola, attenta dottrina non ha ommesso di evidenziare che il suo argomento normativo fondativo è traballante. In particolare, l'invocata disposizione dei Trattati, nel prevedere a carico degli Stati membri un generale obbligo di adozione di tutte le misure finalizzate al perseguimento delle finalità comunitarie, riguarda esclusivamente il rapporto di tipo internazionalistico fra Stato e Unione: pretendere poi che dal piano della collaborazione fra i due enti derivi necessariamente una tutela risarcitoria per le posizioni giuridiche attribuite ai singoli dall'ordinamento dell'Unione implica un salto logico ed il ragionamento si riduce ad una petizione di principio. Tale critica dottrinale ha colto certamente nel segno della carenza dogmatica e concettuale dell'istituto in argomento ed una giustificazione più esplicita della regola sarebbe tuttora auspicabile⁴¹.

sull'applicazione della direttiva 80/987 con una sentenza che ha avuto un certo eco nella dottrina spagnola: si tratta della sentenza del 16 dicembre 1993 nella causa C-334/92, *Wagner Miret*, in *Racc.* 1992, I-06911, all'esito della quale la Corte ha deciso che ove il diritto nazionale, pur se interpretato alla luce della direttiva in questione, non consenta di estendere al personale direttivo le garanzie ivi previste, tale personale ha il diritto di chiedere allo Stato membro interessato il risarcimento dei danni subiti a causa della mancata attuazione della direttiva per quel che lo riguarda. Cfr. COBREROS MENDAZONA, *Incumplimiento del derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Madrid, 1994, 55. Nella fattispecie il sig. Wagner Miret aveva presentato al Fondo di garanzia salariale una certa richiesta di indennizzo a seguito della dichiarazione d'insolvenza dell'impresa datrice di lavoro, richiesta disattesa in virtù della sua condizione di membro del personale di alta direzione. La sentenza offre la possibilità di percorrere la sottile linea di confine tra effetto utile dell'interpretazione conforme al diritto comunitario e necessità di avvalersi della via risarcitoria ove nessuna interpretazione conforme sia obiettivamente possibile.

⁴¹ Così CASTRONOVO, *La commedia degli errori nella responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto europeo ad opera del potere giudiziario*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 4, 945 s..

La questione è resa, apparentemente, più misteriosa dalla recente redazione ufficiale dei principi di diritto comune europeo (cfr. VON BAR, CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Oxford, 2010, 3822 s.). Il *Draft Common Frame of Reference* tentativo più avanzato di costruzione di una base di principi comuni europei di diritto privato contiene una disposizione che potrebbe in astratto compromettere il tentativo di verificare l'esistenza di un compendio uniforme di regole comuni in tema di responsabilità dello Stato: l'art. 7:103 esclude espressamente che i principi sulla responsabilità civile in esso contenuti possano essere applicati alla responsabilità delle persone giuridiche pubbliche nell'esercizio di funzioni legislative e giudiziarie ("This Book does not govern the liability of a person or body arising from the exercise or omission to exercise public law functions or from performing duties during court proceedings"). Ci si deve ovviamente chiedere perché i redattori dei principi civilistici comuni hanno fatto questa scelta, che sembra contraddire la visione dottrinale e giurisprudenziale di un nucleo comune di regole transnazionali in Europa anche su questo specifico tema. L'orientamento del DCFR può essere un buon argomento in favore dell'assenza di convergenza e segnala una perdurante resistenza alla piena responsabilizzazione civile del legislativo (oltretutto del giudiziario): le tensioni favorevoli ad un'applicazione perdurante del principio di immunità sono tutt'altro che superate e le ristrettezze dell'agenda politica europea condizionano fortemente la piena affermazione della responsabilità degli Stati. D'altro canto, la dottrina e la giurisprudenza europee possono liberamente contraddire l'orientamento non vincolante del DCFR e, dunque, rintracciare profili di un vero e proprio nucleo comune di regole transnazionali

Il secondo capitolo del romanzo giurisprudenziale (à la Dworkin⁴²) della responsabilità dello Stato risale al 1996: quando importanti chiarimenti e precisazioni sono giunte nelle cause riunite *Brasserie du pêcheur e Factortame*⁴³. Nella fattispecie, il *Bundesgerichtshof* tedesco e la *Queen's Bench Division* inglese avevano sottoposto alla Corte questioni pregiudiziali sul principio della responsabilità di uno Stato membro in casi diversi da quello della mancata trasposizione di direttive e sul diritto dei singoli a essere risarciti: in specie, veniva in questione il comportamento del legislatore nazionale per compromissione di precetti del Trattato dotati di effetto diretto⁴⁴. Il *dictum* di *Francovich*, a ben vedere, non era automaticamente applicabile, dal momento che aveva affermato il principio della responsabilità dello Stato come misura di tutela atta ad assicurare tutela nel caso-limite del mancato recepimento disposizioni non *self-executing* di una direttiva. Obiettivo delle questioni pregiudiziali avanzate dalla Corte inglese e dalla Corte tedesca era dunque accertare se sussistesse responsabilità dello Stato anche nel caso di violazione, da parte di una legge nazionale, di disposizioni direttamente applicabili, e a quali condizioni.

Nel fornire il proprio orientamento interpretativo, la sentenza *Brasserie du pêcheur/Factortame* ha espressamente fissato due importanti principi. In primo

europee, che possono contingentemente convergere o divergere dalle regole consolidate in punto di responsabilità civile nel *Draft*.

⁴² DWORKIN, *L'impero del diritto*, Milano, 1994, *passim*, utilizza la metafora del giudice *Hercules*, il quale, da profondo conoscitore dell'ordinamento giuridico, valorizza ed attualizza gli impegni presi dai fondatori di un determinato sistema giuridico, riuscendo "eroicamente" a ricostruire la catena narrativa dei precedenti di natura costituzionale ed offrendo loro la garanzia massima possibile dei diritti dei cittadini, prendendoli cioè sul serio.

⁴³ CGE, sentenza 5 marzo 1996, C-43/93 e C-48/93, in *Racc.*, I-1029, *Brasserie du pêcheur e Factortame III*.

⁴⁴ La fattispecie tedesca trae origine nel 1981, allorché una società francese si era vista sospendere dalle competenti autorità tedesche le proprie esportazioni di birra in Germania, in base all'accertamento della non conformità della birra ai requisiti di genuinità prescritti dalla normativa tedesca. Successivamente, la Commissione europea aveva dichiarato il contrasto di tale normativa tedesca con le disposizioni del Trattato sulla libera circolazione delle merci: donde la pretesa risarcitoria della società francese nei confronti dello Stato tedesco, per il danno subito a causa della restrizione. I giudici tedeschi, nella questione interpretativa sottoposta alla Corte, hanno fatto presente che il sistema di responsabilità extra-contrattuale della pubblica amministrazione è basato in Germania sul § 839 del BGB, a mente del quale il terzo danneggiato dalla p.a. deve essere diretto destinatario della norma violata, circostanza nella specie non ricorrente.

La fattispecie inglese verteva invece sulla compatibilità del *Merchant Shipping Act*, che subordinava l'immatricolazione di pescherecci a requisiti di nazionalità, residenza e domicilio dei proprietari, con la libertà di stabilimento ora prevista dall'art. 49 T.F.U.E. Essendosi già espressa la Corte sull'incompatibilità della legge con il diritto comunitario, la Corte inglese richiese perciò se anche in tale vicenda potesse applicarsi la giurisprudenza *Francovich* ed a quali condizioni.

luogo, ha sancito che il diritto al risarcimento costituisce il corollario necessario dell'effetto diretto riconosciuto alle norme comunitarie, non accedendo perciò alla tesi di una tutela risarcitoria per equivalente attivabile solo per le violazioni di norme sprovviste di effetto diretto; in secondo luogo, il principio della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario è stato riconosciuto in via generale, in presenza di determinate condizioni, qualunque sia l'organo dello Stato autore della violazione, ivi compreso un Parlamento nazionale, e qualunque la natura della norma comunitaria violata, in la cui violazione ha dato origine al danno subito⁴⁵. E' stata così considerevolmente estesa la latitudine del rimedio, connotato dalla Corte quale presidio del rispetto di qualsiasi norma comunitaria a fronte di una norma interna in aperto contrasto.

Proseguendo nell'elaborativa innovazione della responsabilità, la Corte ha affermato che le condizioni che determinano il diritto al risarcimento dipendono dalla natura della violazione del diritto comunitario in questione. Nello specificare tali condizioni con riferimento alle cause in esame, la Corte ha sottolineato la necessità della coerenza tra il regime della responsabilità extracontrattuale della Comunità in forza dell'attuale articolo 340 del T.F.U.E. e il regime della responsabilità nazionale. La Corte ha poi concluso che, in assenza di una particolare causa di giustificazione, le condizioni di attuazione dei due regimi non devono differire in circostanze analoghe⁴⁶.

A confermare allora la struttura della figura già enucleata in *Francovich*, vanno confermati i tre seguenti presupposti per determinare la responsabilità dello Stato per atti normativi di natura analoga, ossia: la norma giuridica violata deve conferire diritti ai singoli; la violazione deve essere sufficientemente qualificata; deve sussistere un nesso di causalità diretto tra la violazione dell'obbligo che incombe allo Stato e il danno subito dalle persone lese. Inoltre, per potere

⁴⁵ GUICHOT, *La responsabilidad* cit., 481 s.; FERRARO, *La responsabilità risarcitoria* cit., 41 s..

⁴⁶ L'art. 340 T.F.U.E. prevede che "in materia di responsabilità extra-contrattuale l'Unione deve risarcire, conformemente al diritto comune agli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni". Sui rapporti fra le due responsabilità, dello Stato e dell'Unione, molto è stato scritto, prospettandosi la possibilità di estendere analogicamente la responsabilità dell'Unione allo Stato o, viceversa, facendo derivare dal silenzio del legislatore europeo, secondo lo schema *ubi lex tacuit noluit*, l'esclusione della responsabilità dell'Unione. Cfr. BARAV, *State liability in damages for breach of Community law in the National Courts*, in HEUKELS, MCDONNELL (a cura di), *The action for damages* cit., 363.

considerare sorta la responsabilità dello Stato membro occorre verificare se il pregiudizio che si afferma di avere subito derivi in maniera sufficientemente diretta dalla violazione del diritto comunitario da parte di detto Stato⁴⁷.

La valutazione di tali condizioni è demandata ai giudici nazionali, unici competenti ad accertare i fatti e a qualificare le violazioni del diritto comunitario di cui trattasi, dovendosi osservare tuttavia che ricorre incontestabilmente una violazione qualificata del diritto comunitario in caso di violazione manifesta e grave da parte di uno Stato membro dei limiti posti al suo potere discrezionale.

Al contempo la Corte dichiara che in ogni caso, una violazione del diritto comunitario è manifesta e grave quando continua nonostante la pronuncia di una sentenza che ha accertato l'inadempimento contestato, di una sentenza pregiudiziale o di una giurisprudenza consolidata della Corte in materia.

In più, ovviamente, per stabilire se un'infrazione del diritto comunitario costituisca una violazione sufficientemente qualificata (grave e manifesta), il giudice nazionale deve tenere conto di tutti gli elementi che caratterizzano la controversia sottopostagli. Tra questi figurano gli elementi individuati in via esemplificativa dalla Corte, sempre in *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, ossia: “il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali o comunitarie, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario”.

Parametro valutativo particolarmente importante è il potere discrezionale dello Stato nell'adozione di un determinato comportamento. In questo senso, la Corte dispone che “nell'ipotesi in cui lo Stato membro, al momento in cui ha commesso la trasgressione, non si fosse trovato di fronte a scelte normative e disponesse di un margine di discrezionalità considerevolmente ridotto, se non

⁴⁷ L'Avvocato Generale Tesouro nelle Conclusioni del 28 novembre 1995, in *Racc.* 1996, I, 1076, giustifica la competenza comunitaria per la definizione di condizioni sostanziali minime in base a finalità di armonizzazione minima ed antidiscriminatorie fra i singoli che una Comunità di diritto non può tollerare.

addirittura inesistente, la semplice trasgressione del diritto comunitario può essere sufficiente per accertare l'esistenza di una violazione grave e manifesta". La Corte precisa che "l'esistenza e l'ampiezza del margine di discrezionalità sono stabilite rispetto al diritto comunitario e non rispetto al diritto nazionale". Inoltre, la mera possibilità che le autorità competenti, se avessero agito correttamente, avrebbero adottato, nell'esercizio del potere discrezionale loro spettante, una decisione diversa, non è sufficiente a fondare un diritto al risarcimento dei danni. Retroterra costante delle argomentazioni della Corte è il principio dell'effettività, volto a garantire la piena efficacia del diritto comunitario nonché la tutela effettiva dei diritti che esso conferisce ai singoli. La successiva sentenza *British Telecommunications* mostra di recepire l'insegnamento della sentenza *Brasserie du pêcheur e Factortame* ed accredita la struttura dell'illecito, eredità di *Francovich*, senza tuttavia omettere alcune innovative integrazioni⁴⁸. Infatti, sebbene continui ad attribuire formalmente ai giudici nazionali la competenza per stabilire se siano soddisfatti i criteri per l'insorgere della responsabilità dello Stato, la Corte ritiene di avere a disposizione di tutti gli elementi necessari per valutare se i fatti di causa debbano essere giudicati una violazione sufficientemente manifesta e grave del diritto comunitario. Successivamente, a partire da tale decisione, la Corte ha scelto di prendere posizione direttamente in diverse cause, valutando se una fattispecie costituisca una violazione qualificata del diritto comunitario e fosse quindi tale da far insorgere la responsabilità dello Stato membro.

Dando continuità a tale prassi, che da un lato salva la finzione dogmatica del riparto di competenze e dall'altro si spinge a prendere posizione sulla giustizia del caso concreto, la Corte ha poi ritenuto, con la sentenza *Dillenkofer*, che il fatto che uno Stato membro si astenga dall'adottare i provvedimenti di attuazione di una direttiva per raggiungere il risultato prescritto da quest'ultima, entro il termine a tal fine stabilito, costituisce di per sé una violazione sufficientemente qualificata del diritto comunitario⁴⁹. Viene

⁴⁸ CGE, sentenza 26 marzo 1996, C-392/93, in *Racc.*, I-1631, *British Telecommunications plc*.

⁴⁹ CGE, sentenza 8 ottobre 1996, C-178, 179, 188, 189, 190/94, *Dillenkofer*, in *Racc.*, I-4845. Cfr. BAIRATI, *La riparazione spettante al soggetto danneggiato a seguito di mancato recepimento, nel termine prescritto, di direttiva comunitaria. Questioni teoriche e implicazioni pratiche sulla corretta qualificazione*, in N.G.C.C., 2009, 1012 s..

compiuto così, a ben vedere, un passo in avanti rispetto a *Francovich*: lì si era proceduto logicamente per induzione a desumere la regola della responsabilità dal caso di una direttiva non *self-executing* non ritualmente trasposta; qui si passa, invece, a dedurre dalla regola della responsabilità, ormai assunta a principio generale, che l'omessa trasposizione di direttiva integra *per se*, senza bisogno di alcuna indagine, il requisito della violazione grave e manifesta.

Anche l'argomento dell'autore della condotta dannosa è stato sottoposto al vaglio del Giudice comunitario. Già in *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, la Corte aveva affermato che qualsiasi ipotesi di violazione del diritto comunitario commessa da uno Stato membro, qualunque sia l'organo di quest'ultimo la cui azione o omissione ha dato origine alla trasgressione può generare responsabilità; da ciò è discesa la successiva affermazione, contenuta in *Hedley Lomas*, per cui uno Stato membro non può far valere la ripartizione delle competenze e delle responsabilità tra gli enti locali esistenti nel proprio ordinamento giuridico interno per sottrarsi alla propria responsabilità al riguardo. La Corte formula così il principio secondo cui i singoli devono ottenere un risarcimento a prescindere dalla pubblica autorità che ha commesso tale violazione e a prescindere da quella cui, in linea di principio, incombe, ai sensi della legge dello Stato membro interessato, l'onere di tale risarcimento.

La progressione giurisprudenziale si è quindi spinta ancora più in là. Nella causa *Köbler* la Corte si è pronunciata per la prima volta sulla delicata questione della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario da parte di uno dei loro organi giurisdizionali supremi⁵⁰.

Ricordato che la responsabilità internazionale dello Stato si estende a tutti i suoi organi e sottolineato che quest'ultima deve valere a maggior ragione nell'ordinamento giuridico comunitario, la Corte afferma la responsabilità specifica degli organi giurisdizionali supremi nella tutela dei diritti dei singoli, riferendosi in particolare all'articolo 234, terzo comma, del trattato CE.

Su questa base, la Corte procede quindi a dichiarare che la violazione del diritto comunitario che derivi da una decisione di un organo giurisdizionale di

⁵⁰ CONTI, *Giudici supremi e responsabilità per violazione del diritto comunitario*, nota a CGE, 30 settembre 2003, C-224/01, *Köbler*, in *Danno Resp.*, 2004, 1, 26 s.

ultimo grado può ingenerare la responsabilità degli Stati membri.

Peraltro, la responsabilità dello Stato per esercizio del potere giudiziario può sussistere solo nel caso eccezionale in cui il giudice ha violato in maniera manifesta il diritto vigente, in considerazione della specificità della funzione giurisdizionale (ossia della possibilità del libero apprezzamento del giudice). Altra peculiare affermazione di *Köbler*: l'omesso rinvio pregiudiziale alla Corte costituisce tipico caso di responsabilità.

La responsabilità in parola è stata oggetto di specifica conferma nella sentenza *Traghetti del Mediterraneo*⁵¹. Con istanza di rinvio pregiudiziale piuttosto equivoca, per quanto innanzi si dirà, il Tribunale di Genova ha domandato se la giurisprudenza *Köbler* osti all'applicazione della normativa nazionale sulla responsabilità civile dei magistrati (l. 117/1988), la quale, per un verso, esclude la responsabilità del magistrato che sia incorso in errore nell'interpretazione di norme o nella valutazione di fatti e prove acquisite al processo, per altro verso circoscrive l'imputabilità del danno solo ai casi di dolo o colpa grave.

Nella fattispecie, la Corte ha dichiarato che il diritto comunitario osta all'applicazione di norme nazionali che, come nel caso dell'Italia, escludono la responsabilità dello Stato nel caso in cui la violazione risulti dall'attività del giudice avente a oggetto l'interpretazione delle norme giuridiche o la valutazione dei fatti e delle prove. Infatti, secondo la Corte, tali attività rientrano nell'essenza vera e propria delle funzioni giurisdizionali e possono portare a una violazione manifesta del diritto comunitario.

A tale proposito la Corte puntualizza che escludere la responsabilità dello Stato poiché la violazione contestata al giudice nazionale concerne l'interpretazione delle norme giuridiche o la valutazione operata da quest'ultimo su fatti o prove equivarrebbe a mettere in discussione il principio della responsabilità dello Stato e comporterebbe che i singoli non fruirebbero di alcuna tutela giurisdizionale ove un giudice nazionale di ultimo grado incorresse in un errore manifesto nell'ambito di tale attività di interpretazione o di valutazione.

Al contempo, la Corte ha reputato che il diritto comunitario osti

⁵¹ Per un commento LAZARI, <<Là où est la responsabilité là est le pouvoir>>. *Il nuovo ruolo del giudice nel paradigma comunitario dopo la sentenza Traghetti*, in *Revista electronica de estudios internacionales*, 2008, 15.

all'applicazione di una norma nazionale che circoscriva la responsabilità dello Stato ai casi di dolo o colpa grave del giudice. A tale proposito la Corte ricorda che le condizioni che fanno insorgere la responsabilità dello Stato rientrano nel diritto comunitario e sono quelle enunciate in *Köbler*.

Pertanto, la Corte ha rilevato che anche se non si può escludere che il diritto nazionale precisi i criteri relativi alla natura o al grado di una violazione da soddisfare, affinché possa sorgere la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, tali criteri non possono, comunque, imporre requisiti più stringenti di quelli derivanti dalla condizione di una manifesta violazione del diritto vigente.

Si tratta di un'applicazione del principio di equivalenza, effettuata nel presupposto che le situazioni presupposte dalla disciplina europea sulla responsabilità dello Stato per esercizio del potere giudiziario e dalla legge italiana n. 117/88 sulla responsabilità civile dei magistrati siano del tutto corrispondenti. La questione è peraltro stata nuovamente posta all'esame della Corte, stavolta da parte della Commissione, onde l'accertamento dell'inadempimento dello Stato italiano⁵².

Dall'illustrata evoluzione giurisprudenziale della Corte di giustizia possono trarsi alcuni provvisori elementi di riflessione. La Corte non ha rinunciato al ruolo di artefice di prima grandezza del sistema, che di volta in volta non cessa di implementare, pur se in maniera non sempre coerente; a fronte della necessaria sussistenza dei descritti requisiti fondamentali, sussiste una "zona grigia" di aspetti rimediali e procedurali, per la comprensione dei quali è cruciale l'esame della giurisprudenza nazionale: sicché non può parlarsi di un regime europeo uniforme. L'esame congiunto della giurisprudenza interna ed europea è perciò imprescindibile per una compiuta indagine della materia.

3. Le condizioni sostanziali e procedurali dell'illecito euro-unitario L'autonomia procedurale e la possibile incidenza delle evoluzioni del principio di effettività.

⁵² Cfr. SCODITTI, *Violazione del diritto dell'Unione europea imputabile all'organo giurisdizionale di ultimo grado: una proposta al legislatore*, in *Foro it.*, 2012, IV, 22.

La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario è dunque tutt'ora basata su di una regola di formazione giurisprudenziale. Con la sentenza *Francovich* del 1991 la Corte di giustizia ha riconosciuto espressamente che il principio è inerente al sistema del Trattato, segnatamente all'intreccio fra alcuni principi basilari dell'Unione, quelli del primato del diritto dell'Unione, dell'effettività delle sue norme e della leale collaborazione fra l'Unione e gli Stati membri⁵³. L'illecito euro-unitario si verifica dunque quando un atto o un comportamento riferibile ad un'autorità dello Stato membro integri una violazione di una disposizione comunitaria sufficientemente chiara, precisa e incondizionata e causi un pregiudizio ad un singolo soggetto titolare di una posizione tutelate dalla disposizione: segnatamente, la norma violata deve essere preordinata a conferire diritti ai singoli.

A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, occorre peraltro puntualizzare che il "metodo comunitario", ossia la competenza della Commissione e della Corte di Giustizia, è stata estesa ai settori della Politica estera e di sicurezza comune (c.d. secondo pilastro) e della Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale: in tali settori dell'attività europea, di tradizionale competenza intergovernativa, è dunque ora ammissibile, perlomeno al livello ipotetico, dare ingresso al rimedio risarcitorio⁵⁴. Più nello specifico, va sottolineato che, in forza di un diverso livello di integrazione tra il c.d. primo pilastro (principalmente corrispondente con il diritto del mercato comune e della concorrenza, pienamente sottoposto al sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia) ed il secondo e terzo pilastro, questi ultimi erano caratterizzati da un livello di tutela giurisdizionale più basso, escludendosi la tutela risarcitoria per lesioni cagionate ai singoli.

Sugli strumenti processuali esperibili nell'ordinamento interno va ricordato che

⁵³ In dottrina, sull'illecito euro-unitario v. DI MAJO, *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 745 s.; ROPPO, *Appunti in tema di illecito "comunitario" e illecito "costituzionale" del legislatore*, *Danno e Resp.*, 1998, 963 s.; CARANTA, *In materia di conseguenze della mancata tempestiva trasposizione di una direttiva comunitaria nell'ordinamento italiano*, in *La Resp. Civ.*, 1996, 313; CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, cit., 215 s.. Per una sintesi esauriente e dettagliata v. anche CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, in *Riv. it. Dir. Pubbl.*, 2009, 534. Per un approccio comparatistico al tema v. CALZOLAIO, *L'illecito dello Stato tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2004. L'autore osserva che la disciplina dell'illecito euro-unitario ricavabile dalle sentenze della Corte di Giustizia, non basta da sola a costituire il fondamento di un'azione risarcitoria in diritto interno, discendendone la necessità di integrarla nelle normative nazionali in punto di responsabilità civile.

⁵⁴ Sul punto cfr. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria*, cit., 253 s..

il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti ai singoli dal diritto comunitario deve essere interpretato nel senso che esso non richiede, nell'ordinamento giuridico di uno Stato membro, l'esistenza di un ricorso autonomo diretto, in via principale, ad esaminare la conformità di disposizioni nazionali a disposizioni del Trattato, qualora altri rimedi giurisdizionali effettivi, non meno favorevoli di quelli che disciplinano azioni nazionali simili, consentano di valutare in via incidentale una tale conformità, aspetto che spetta al giudice nazionale verificare⁵⁵.

Volendosi soffermare sulle condizioni sostanziali e procedurali dell'illecito euro-unitario la responsabilità in esame ha la caratteristica di una *reductio ad unitatem* ad un solo soggetto degli enti e degli agenti cui sia imputabile la condotta, soggetto che, sotto il profilo processuale, è legittimato passivo: si tratta dello Stato in sé considerato. Per tale ragione la questione ha riflessi sull'eventuale affermazione del difetto di legittimazione passiva di enti pubblici diversi o organi infra-statali⁵⁶.

⁵⁵ CGE, C-432/05, *Unibet* in *Racc.* 2007, I-02271.

⁵⁶ La questione del difetto di legittimazione passiva è emersa frequentemente nella prassi giurisprudenziale italiana. Da un esame di parte della giurisprudenza, infatti, emerge che in alcune fattispecie può affermarsi la legittimazione passiva non già dello Stato-persona, rappresentato dalla Presidenza del Consiglio, ma dell'ente che in base alle norme di diritto interno è obbligato al pagamento: in questo senso, si sono espresse la Corte Costituzionale già nel 1993 e la Corte di Cassazione con pronunce successive (Corte Cost., 16 giugno 1993, n. 512, in *Giust. Civ.*, 1993, I, 1986; Cass., sez. lav., 11 ottobre 1995, n. 10617 e Cass., sez. lav., 19 gennaio 1996, n. 401, entrambe in *Foro It.*, 1996, I, c. 503 s. con nota di SCODITTI, *Profili di responsabilità civile per mancata attuazione di direttiva comunitaria: il caso "Francovich" in Cassazione*).

In particolare, in tali decisioni le Corti hanno affrontato il tema collegato alla tardiva trasposizione della direttiva 80/987, relativa alla garanzia statale per le retribuzioni maturate a favore dei dipendenti di imprese fallite, già oggetto di analisi in *Francovich*. Dopo quest'ultima sentenza della Corte di giustizia, il legislatore italiano era intervenuto, dando luogo ad una tardiva trasposizione: si trattava allora di verificare chi fosse il legittimato passivo nel giudizio di risarcimento dei danni, se lo Stato, in quanto considerato "autore e primario responsabile dell'illecito" oppure l'Inps, in quanto ente gestore del fondo di garanzia per i lavoratori, ed i Giudici impegnati nella controversia hanno optato per la seconda ipotesi.

Seguendo quest'orientamento, si può quindi sostenere non soltanto la legittimazione passiva della Presidenza del Consiglio, in quanto organo rappresentativo dello Stato-persona, ma anche dei Ministeri e delle Pubbliche Amministrazioni obiettivamente deputate all'erogazione delle prestazioni controverse.

In senso conforme, successivamente, si è pronunciata la Corte d'Appello di Genova (App. Genova, Sez. I, 4 giugno 2008, n. 65) che ha così rigettato l'eccezione di legittimazione passiva avanzata dall'Avvocatura dello Stato per i Ministeri dell'Università, del Lavoro e della Salute: "l'eccezione non merita accoglimento giacché se è vero che, come ricorda l'Avvocatura dello Stato – a norma dell'art. 6, commi 2 e 3, del d.legisl. 8 agosto 1991 n. 257, "la borsa di studio viene corrisposta...dalle università presso cui operano le scuole di specializzazione..." mentre il ruolo dei Ministeri convenuti si individua nella determinazione delle risorse finanziarie disponibili ossia nella "ripartizione e assegnazione a favore delle Università dei fondi previsti...", ciò rende palese nelle amministrazioni statali suindicate la titolarità passiva di uno specifico obbligo, in parte di *facere* e in parte di *dare*, che si pone in rilevanza strumentale includibile ai fini del soddisfacimento del diritto degli attori, e che esige di essere

Sulla struttura dell'illecito euro-unitario e sulla competenza definitoria dell'ordinamento europeo e degli ordinamenti interni è importante il contributo offerto dalla recente sentenza *A.G.M.-COS.MET*.⁵⁷ Nella specie, il giudice del rinvio ha domandato se, in aggiunta ai requisiti tradizionalmente dati dell'illecito, i legislatori nazionali potessero stabilire condizioni aggiuntive. La Corte in proposito ha osservato che il diritto dell'Unione osta all'applicazione di dette condizioni. In senso conforme, *Brasserie du Pêcheur* stabilisce espressamente che la disciplina dell'illecito è inderogabile soltanto *in peius* da parte degli Stati, i quali possono ben prevedere condizioni di tutela più favorevoli.

La questione esaminata in *A.G.M.-COS.MET* sorge in una controversia sull'imputabilità allo Stato della Finlandia delle dichiarazioni pubbliche rese da un funzionario, tale Lehtinen. In particolare, nella causa *a qua* la AGM conviene in giudizio lo Stato finlandese ed il funzionario, richiedendo il risarcimento del lucro cessante correlato alle dichiarazioni in cui il funzionario aveva indicato i ponti elevatori della AGM come irregolari e pericolosi. Il governo finlandese replica sostenendo che quest'ultimo ha scientemente contraddetto la posizione ufficiale del suo Ministero, il quale ha provveduto a

sanzionato con una statuizione di condanna suscettibile di essere eseguita nei modi e nelle forme compatibili con la natura dei destinatari e con la natura della prestazione".

Va aggiunto che anche l'affermazione per cui i Ministeri non abbiano poteri o competenza nell'attuazione del diritto comunitario (ad esempio effettuata da Trib. Roma, 15 marzo 2011, in *Resp. Civ.*, 2012, 8-9, 798 s.) può essere rimeditata, dal momento che gli stessi hanno comunque tanto un potere d'impulso all'iniziativa legislativa del Governo quanto una potestà regolamentare nelle materie di competenza. Sul punto si può rilevare allora la prassi di attuazione di direttive comunitarie non *self-executing*: essa consiste nella presentazione in Parlamento di una legge, d'iniziativa del Ministero delle Politiche comunitarie, con la quale viene proposta la trasposizione nell'ordinamento interno delle varie misure di diritto comunitario non direttamente applicabili. E' tuttavia stabilito dalla legge che ai Ministeri competenti sulla materia oggetto della direttiva sia riferibile un potere o una competenza di attuazione, almeno nei termini poc'anzi indicati.

Utili indicazioni sull'argomento sono poi fornite dalla giurisprudenza comunitaria. Nella sentenza *Carbonari* (Corte di Giustizia europea, 25 febbraio 1999, causa C-131/97) si è innanzitutto osservato che nessuna delle direttive invocate dai medici specializzandi identifica il debitore tenuto a retribuire i periodi di formazione relativi alle specializzazioni mediche e che, di conseguenza, gli Stati membri dispongono di un'ampia discrezionalità in merito alla loro individuazione. Tuttavia, la stessa Corte di Giustizia ha fatto notare che è a carico di tutti gli organi degli Stati membri, compresi nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali, l'obbligo derivante da una direttiva di conseguire il risultato da questa contemplato. Il che va collegato ad altra, costante giurisprudenza della Corte, in base alla quale il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva, onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima, conformandosi così all'art. 249, terzo comma, del Trattato CE. L'eccezione formale del difetto di legittimazione passiva tende dunque a scontrarsi anche con questi argomenti, orientati da un *favor* per l'applicazione del diritto comunitario.

⁵⁷ CGE, 17 aprile 2007, C-470/03, in *Racc.* I-2749.

segnalare pubblicamente tale contrasto. Il sig. Lehtinen è, tra l'altro, dell'avviso che le sue dichiarazioni costituiscano esercizio della libertà d'opinione. Il Tribunale civile di primo grado di Tampere solleva perciò una questione pregiudiziale, che dipanandosi dall'interpretazione di una direttiva sulla sicurezza nell'uso delle macchine, riguarda la responsabilità dello Stato per l'attività dei suoi funzionari in rapporto alla limitazione della libera circolazione delle merci conseguente a manifestazioni della libertà d'opinione di un funzionario stesso. Segnatamente, il Tribunale di Tampere chiede alla Corte di dichiarare se sia impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento del danno ai sensi del diritto comunitario quando, come previsto dalla normativa nazionale finlandese, il risarcimento di un pregiudizio economico diverso dai danni alle persone o alle cose può essere ottenuto soltanto se il danno deriva da un fatto penalmente perseguibile o è stato causato nell'esercizio di pubbliche funzioni o se, altrimenti, ci sono particolari motivi per concedere il risarcimento del danno. La Corte replica che il diritto comunitario esige una riparazione effettiva e non tollera che il diritto dello Stato membro imponga condizioni ulteriori che rendano più che solo impercettibilmente difficile il conseguimento del risarcimento o di determinate forme di risarcimento del danno. In base alle informazioni fornite dal giudice *a quo*, il diritto finlandese prevede il risarcimento dei meri danni economici solo se tali danni sono stati prodotti da un fatto previsto come reato o nell'esercizio di pubbliche funzioni o, al di fuori di tali ipotesi, soltanto in presenza di motivi particolarmente gravi. Siffatte condizioni aggiuntive devono essere interpretate in modo tale da non rendere più che solo impercettibilmente difficile il conseguimento del risarcimento dei meri danni economici. I requisiti imposti dal diritto comunitario risulterebbero, tuttavia, soddisfatti qualora le disposizioni del diritto dello Stato membro potessero essere interpretate in conformità al diritto comunitario in modo da escludere eccessivi appesantimenti. La Corte risponde dunque alla questione pregiudiziale in maniera apparentemente salomonica. Da un lato, infatti, ribadisce il principio per cui nulla impedisce che il diritto interno di uno Stato membro preveda condizioni specifiche in materia di risarcimento di danni diversi da quelli

causati a persone o a beni, purché esse siano tali da non rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento di un danno conseguente a una violazione del diritto comunitario. Aspetto che, come più volte ribadito sempre in linea di principio, spetta al giudice del rinvio accertare. Tuttavia, la stessa Corte si spinge pure a considerare che gli elementi forniti dal giudice del rinvio indicano che le disposizioni del diritto finlandese sulla responsabilità, applicabili nella causa principale, assoggettano il diritto al risarcimento dei danni diversi da quelli provocati alle persone o ai beni alla condizione che il danno derivi da un atto penalmente sanzionabile o dall'esercizio dei pubblici poteri, ovvero che vi siano ragioni particolarmente gravi per disporre tale risarcimento. Orbene, richiamata in proposito l'opinione del giudice del rinvio, il comportamento del funzionario agente non rientrerebbe in alcuna di queste tipologie, il che renderebbe difficile il risarcimento del danno subito dall'AGM. Può trarsi dunque la conclusione che previsioni nazionali volte a integrare i requisiti di responsabilità dello Stato, come quella finlandese sulla limitazione dei casi di risarcimento, vanno sempre e comunque commisurate al concreto rispetto del principio di effettività. Passando ad esaminare altro profilo, spetta allo Stato membro la definizione di questione come il termine di prescrizione o decadenza, il giudice competente, le domande proponibili, gli oneri processuali da soddisfare, la ripartizione dell'onere probatorio: si tratta del già richiamato principio di autonomia procedurale. In particolare, con la sentenza *Rewe I*, la Corte ha per la prima volta sancito la regola per cui le questioni procedurali riguardanti le azioni giudiziali volte a garantire la protezione dei diritti conferiti dal diritto comunitario vanno risolte dall'ordinamento di ciascuno Stato membro, a condizione che le modalità procedurali non risultino meno favorevoli di quelle concernenti analoghe azioni del sistema processuale nazionale (in base al principio di equivalenza) e non rendano praticamente impossibile l'esercizio di tali diritti (secondo il principio di effettività). Tale ragionamento viene ribadito nella sentenza *Rewe II*, in cui la Corte ha cura di precisare che al diritto comunitario non compete stabilire mezzi d'impugnazione esperibili davanti ai giudici nazionali, diversi da quelli già contemplati dal diritto nazionale e che il

sistema di tutela giurisdizionale istituito dal Trattato implica che, per garantire il rispetto delle norme comunitarie aventi efficacia diretta, deve poter essere esperito qualunque tipo d'azione contemplato dal diritto nazionale. La Corte ha frequentemente ribadito tali principi, ad esempio nella sentenza *Peterbroeck*, in cui ha dichiarato che, in mancanza di disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi effetto diretto, purché dette modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna e non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario. Ne deriva che, nell'ipotesi in cui le disposizioni di carattere procedurale comportino un serio ostacolo all'applicazione effettiva del diritto comunitario, queste debbano essere disapplicate. In un sistema giurisdizionale decentrato come quello europeo accade perciò che le norme processuali dei singoli Paesi abbiano avuto un'importanza sussidiaria rispetto all'affermazione delle posizioni di diritto sostanziale. Più esattamente, la Corte puntualizza di regola le caratteristiche strutturali dell'illecito euro-unitario e poi provvede in positivo a definire le condizioni che specificamente incidono sul "modo di essere degli ordinamenti nazionali"⁵⁸, incidendo sul regime rimediale nazionale attraverso la disapplicazione o l'interpretazione conforme. Il dato più evidente di tale aspetto del tema in argomento è il costante ed estensivo richiamo interpretativo della giurisprudenza della Corte di giustizia al principio di effettività: richiamo fatto non soltanto al fine di dare maggior forza e maggiore estensione interpretativa alle norme comunitarie ma anche per conferire maggiore ampiezza e profondità ai diritti di matrice comunitaria, con il risultato di un'evoluzione ed un arricchimento complessivo dei sistemi nazionali di tutela giurisdizionale⁵⁹. Equivalenza ed effettività sono dunque i

⁵⁸ ADAM, TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Torino 2010, 362.

⁵⁹ Affine ma non perfettamente corrispondente con il principio di effettività è quello della tutela giurisdizionale effettiva, per cui Cfr. la sentenza *Unibet* (C-432/05), cit.. Vi si afferma in particolare che il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti ai singoli dal diritto comunitario deve essere interpretato nel senso che esso non richiede, nell'ordinamento giuridico di uno Stato membro,

limiti che le norme rimediali interne non devono superare nel loro spazio di autonomia, secondo uno schema che la Corte non cessa di ribadire per sindacare in astratto la compatibilità del regime procedurale interno. Sul piano valutativo l'argomento appare suscettibile di alcune critiche. La Corte di giustizia, da un lato, si riserva sempre il diritto di esprimere un parere sull'interpretazione del diritto comunitario, di cui il giudice terrà conto nel suo giudizio benché la Corte non conosca sufficientemente (o meglio non sia in astratto competente a conoscere) le procedure interne; ma dall'altro lato, sembra così contraddirsi quando afferma che l'organo più idoneo per valutare il principio di equivalenza è il giudice nazionale; la stessa critica può valere per l'uso parimenti disinvolto che la Corte fa del principio di effettività⁶⁰. Sotto questa specola, l'autonomia procedurale sembra diventare una finzione dogmatica, *alias* e in senso neutro un crittotipo, finalizzato al rispetto della riserva di competenza statale ed al timore che un'esplicita "invasione di campo" potrebbe suscitare negli ordinamenti interni. La descritta contraddizione è, peraltro, oggi ancor più evidente e recenti decisioni della Corte di Lussemburgo, poco sorprendentemente considerandone il noto attivismo pro-comunitario, implicano un'accentuazione della tendenza. Preso atto che la predisposizione dei rimedi al livello nazionale può certamente determinare una carenza di effettività, la Corte si spinge a porre a fondamento delle proprie argomentazioni, e senza più infingimenti, *standard* generali di procedura validi per l'Unione, in grado di porre obblighi di condotta a carico degli Stati e di sostituirsi alle regole procedurali nazionali considerate

l'esistenza di un ricorso autonomo diretto, in via principale, ad esaminare la conformità di disposizioni nazionali dell'art. 49 CE, qualora altri rimedi giurisdizionali effettivi, non meno favorevoli di quelli che disciplinano azioni nazionali simili, consentano di valutare in via incidentale una tale conformità, cosa che spetta al giudice nazionale verificare. Il medesimo principio deve essere interpretato nel senso che esso richiede, nell'ordinamento giuridico di uno Stato membro, che provvedimenti provvisori possano essere concessi fino a quando il giudice competente si sia pronunciato sulla conformità di disposizioni nazionali con il diritto comunitario, quando la concessione di tali provvedimenti è necessaria per garantire la piena efficacia della successiva pronuncia giurisdizionale sull'esistenza di tali diritti. Ed ancora in caso di dubbio sulla conformità di disposizioni nazionali con il diritto comunitario, l'eventuale concessione di provvedimenti provvisori per sospendere l'applicazione di dette disposizioni fino a quando il giudice competente si sia pronunciato sulla loro conformità con il diritto comunitario è disciplinata dai criteri fissati dal diritto nazionale applicabile dinanzi a detto giudice, purché tali criteri non siano meno favorevoli di quelli concernenti domande simili di natura interna e non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile la tutela giurisdizionale provvisoria di tali diritti.

⁶⁰ Cfr. ARNULL, *The Principle of effective judicial protection in EU law: an unruly horse?* in *European Law review*, 2011, 36, 51 s.

inadeguate. La tendenza a fissare *standard* generali di procedura è chiara ad esempio nel caso *Impact*. Nel caso di specie, si è ritenuto che il diritto comunitario, in particolare il principio di effettività, esigerebbe che un giudice speciale, chiamato, nell'ambito della competenza che gli è stata conferita, sia pure in via facoltativa, dalla normativa di trasposizione della direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro fra organizzazioni sindacali e produttive sul lavoro a tempo determinato, a conoscere di una domanda fondata su una violazione di tale normativa, si dichiari competente a conoscere anche delle domande del richiedente direttamente fondate sulla medesima direttiva per il periodo compreso tra la data di scadenza del termine di trasposizione di quest'ultima e la data di entrata in vigore della suddetta normativa; con la precisazione che tale eclettica competenza giurisdizionale andrebbe dichiarata se risulti che l'obbligo per il richiedente in questione di adire parallelamente un giudice ordinario, con una domanda distinta direttamente fondata sulla suddetta direttiva, implichi inconvenienti procedurali tali da rendere eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferitigli dall'ordinamento comunitario. Spetta ovviamente al giudice nazionale procedere alle necessarie verifiche al riguardo. In *Impact* siamo in presenza di un chiaro scontro tra l'effettività e la certezza del diritto, soprattutto per come espressa dall'apparato rimediale e procedurale interno. Il contraccolpo in questo caso lo riceve una regola tutt'altro che banale, la predeterminazione della competenza processuale, garantita nell'ordinamento italiano a livello costituzionale dall'art. 25 che prevede il principio del Giudice naturale. Nella fattispecie si è poi verificato che la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, è incondizionata e sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo dinanzi ad un giudice nazionale, mentre ciò non si verifica per la clausola 5, punto 1, del suddetto accordo quadro. E' stato altresì sancito che gli artt. 10 CE e 249, terzo comma, CE, nonché la direttiva 1999/70, devono essere interpretati nel senso che un'autorità di uno Stato membro che agisca in qualità di datore di lavoro pubblico non è autorizzata ad adottare misure, contrarie all'obiettivo perseguito dalla suddetta direttiva e dall'accordo quadro per quanto riguarda la

prevenzione dell'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato, consistente nel rinnovo di tali contratti per un periodo insolitamente lungo nel corso del periodo compreso tra la data di scadenza del termine di trasposizione di tale direttiva e quella dell'entrata in vigore della legge che attua la trasposizione stessa. Infine, nei limiti in cui il diritto nazionale applicabile contenga una norma che esclude l'applicazione retroattiva di una legge, in assenza di indicazione chiara ed univoca in senso contrario, un giudice nazionale, adito con una domanda fondata sulla violazione di una disposizione della legge nazionale di trasposizione della direttiva 1999/70, è tenuto, ai sensi del diritto comunitario, a conferire alla disposizione in parola effetto retroattivo alla data di scadenza del termine di trasposizione della direttiva stessa qualora esista, nel diritto nazionale, un'indicazione di tale natura, idonea a conferire alle disposizioni in questione siffatto effetto retroattivo: risultandone in concreto la potenziale compromissione del principio di irretroattività della legge. Non si tratta di una deroga da poco alle normali regole procedurali di efficacia nel tempo della legge interna ed è la testimonianza di uno *standard* di possibile retroattività della norma comunitaria tardivamente trasposta. La sentenza *Vebic*⁶¹ declina poi la regola dell'effettività nel rapporto fra norme nazionali ed europee in materia di procedure per la tutela dalle decisioni dei Garanti nazionali della concorrenza. Nella fattispecie, si osserva che l'art. 35 del regolamento (CE) del Consiglio 16 dicembre 2002, n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale che non accorda ad un'autorità nazionale garante della concorrenza la facoltà di partecipare, in quanto parte convenuta, ad un procedimento giudiziario rivolto contro la decisione promanante da detta autorità. Beninteso, spetta alle autorità nazionali garanti della concorrenza ponderare la necessità e l'utilità del loro intervento per l'efficace applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione. Tuttavia, la non comparizione sistematica dell'autorità nazionale garante della concorrenza in detti procedimenti giudiziari compromette l'effetto utile delle disposizioni del Trattato a tutela della concorrenza. Così, in

⁶¹ CGE, C-439/08, *Vebic v. Raad voor de Mededinging* in *Racc.*, 2010 I-12471.

manca di regolamentazione dell'Unione, gli Stati membri restano competenti, conformemente al principio dell'autonomia procedurale, a designare l'organo o gli organi appartenenti all'autorità nazionale garante della concorrenza che dispongono della facoltà di partecipare, in quanto parte convenuta, ad un procedimento, dinanzi ad un organo giurisdizionale nazionale, garantendo nel contempo il rispetto dei diritti fondamentali e la piena effettività del diritto della concorrenza dell'Unione. Casi come *Impact* e *Vebic* mostrano che la Corte si è spinta oltre la tradizionale linea di demarcazione tra le competenze nazionali e le competenze europee, per come tracciata nel *case-law* più risalente, e passa invece a stabilire in positivo una fattispecie di competenza giurisdizionale del giudice nazionale inesistente nel diritto processuale interno; la retroattività di una norma nazionale tardivamente trasposta, argomentabile ma non espressamente autorizzata dal diritto nazionale; la legittimazione passiva di un'autorità amministrativa indipendente nazionale, non prevista dal diritto interno. Alcuni osservatori hanno individuato una legittimazione costituzionale per tale operazione negli articoli 19(2) T.U.E. concernente il diritto ad una tutela effettiva, 4(3) T.U.E. relativo al principio di leale cooperazione⁶². Sembra, in realtà, che il fondamento teorico di tale operazione di ridefinizione dei limiti dell'autonomia procedurale riconosciuta con queste sentenze ai singoli Stati membri sia puramente giurisprudenziale, al pari del criptico argomento dell'inerenza della responsabilità dello Stato al sistema del Trattato istitutivo della Comunità; detto fondamento viene, ancora una volta, riguadagnato al diritto attraverso ragionamenti sostanzialmente privi di una base formale e, di volta in volta, affidati ad argomenti *a contrario* (del genere: “non sarebbe garantito un sufficiente grado di tutela se...”, “la regola europea sarebbe in concreto privata di significato se...”); argomenti che, in sé stessi, non hanno alcuna portata deontica o normativa. Sembra perciò che le evoluzioni in materia di principio di effettività, volte a fissare aspetti processuali, connotino ulteriormente la Corte come giurisdizione di *equity* o giurisdizione pretoria,

⁶² VAN CLEYNENBREUGEL, *Judge-Made Standards of National Procedure in the Post-Lisbon Constitutional Framework*, in *European Law Review*, 2012, 37, 90 s.

anziché come Corte di legittimità⁶³, con attenzione focalizzata sul profilo rimediale e sul soddisfacimento di un bisogno di tutela, piuttosto che sulla situazione giuridica soggettiva presupposta⁶⁴. Tali notazioni sembrano utili a inquadrare in maniera più attenta e critica le regole tralaticie sul riparto di competenze enucleate in *Francovich*, confermate in *Brasserie/Factortame* e da allora pacificamente riferite nella giurisprudenza comunitaria ed interna: vale a dire che la giurisprudenza più recente della Corte di Giustizia, assecondando tale tendenza, difficilmente si asterrà dal fissare regole generali anche in punto di percorsi rimediali e di modalità procedurali dell'azione risarcitoria interna, come peraltro già avvenuto, secondo quanto si dirà, in tema di prescrizione. Infine, altra interessante pronuncia, che assume rilievo quanto alla collocazione sistematica dell'illecito in esame, è quella resa dalla Corte, nel caso *Maribel Dominguez c. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique e altri*⁶⁵. Si tratta di una decisione che coniuga l'obbligo di interpretazione conforme con la responsabilità dello Stato, facendo salvo l'effetto utile dell'interpretazione conforme del diritto interno. Nella specie si trattava di demarcare i confini fra effetto *Von Colson*, ossia effetto utile di un'interpretazione filo-comunitaria della normativa interna, e risarcimento del danno. Sul punto la Corte di Lussemburgo afferma che spetta al giudice del rinvio verificare, prendendo in considerazione il complesso del diritto interno - nel caso di specie, in particolare, l'art. L. 223-4 del codice del lavoro francese - e applicando i metodi di interpretazione da tale diritto riconosciuti, al fine di garantire la

⁶³ Né il descritto principio di effettività è alieno da possibili sviluppi. Ad esempio, ci si può domandare se è concepibile che le direttive concernenti posizioni tutelate dalla Carta dei Diritti Fondamentali impongano obblighi di condotta direttamente sugli individui, tramite il principio di effettività, anche se l'art. 51, I comma, esclude tale effetto.

⁶⁴ Per un'ulteriore pronuncia espressiva del *trend* in commento, cfr. CGE, C-63/08, *Pontin*, in *Racc.* 2009 I-10467. Vi si esaminano gli artt. 10 e 12 della direttiva del Consiglio 19 ottobre 1992, 92/85/CEE, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (decima direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1 della direttiva 89/391/CEE). Tali articoli devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla normativa di uno Stato membro che prevede un mezzo di ricorso specifico relativo al divieto di licenziamento delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento enunciato al detto art. 10, esercitato secondo le modalità procedurali specifiche di tale ricorso, purché tuttavia esse non siano meno favorevoli di quelle relative a ricorsi analoghi di natura interna (in base al principio di equivalenza) e non siano strutturate in modo da rendere praticamente impossibile l'esercizio dei diritti riconosciuti dall'ordinamento giuridico comunitario (in base al principio di effettività). La Corte precisa significativamente che un termine di decadenza di quindici giorni, come quello istituito dall'art. L. 337 1, n. 1, quarto comma, del *code du travail* francese, non è idoneo a soddisfare tale condizione.

⁶⁵ CGE, Grande Sez., 24-01-2012, C-282/10, non ancora pubblicata nella raccolta.

piena efficacia dell'art. 7 della Direttiva n. 2003/88/CE e di giungere ad una soluzione conforme alla finalità da essa perseguita, se si possa pervenire ad un'interpretazione di tale diritto che consenta di equiparare l'assenza del lavoratore per incidente *in itinere* ad una delle fattispecie menzionate in tale articolo del codice del lavoro; se una simile interpretazione non fosse possibile, spetta al giudice nazionale verificare se, alla luce della natura giuridica dei convenuti nel procedimento principale, possa essere invocato nei loro confronti l'effetto diretto dell'art. 7, par. 1, della Direttiva n. 2003/88/CE, fermo restando che, qualora il giudice nazionale non possa raggiungere il risultato perseguito da tale disposizione, la parte lesa dalla non conformità del diritto nazionale al diritto dell'Unione potrebbe tuttavia chiedere il risarcimento del danno subito. Obbligo di interpretazione conforme al fine di garantire la piena efficacia della direttiva, possibilità di avvalersi della direttiva stessa e responsabilità dello Stato, tutti strumenti volti a favorire l'effettività del diritto comunitario, sono perciò posti in posizione graduata ed il risarcimento, quale rimedio sussidiario, sarà dunque inammissibile ogni qualvolta in concreto i primi due non siano esperibili. In altre parole, la decisione testimonia il tipico approccio orientato alle conseguenze della Corte di Giustizia e incline alla conservazione degli effetti utili, tanto delle norme comunitarie quanto di quelle interne, e conferma la posizione subordinata dei rimedi di origine comunitaria: interpretazione conforme, disapplicazione, risarcimento dei danni che dunque rappresenta il mezzo di tutela di ultima istanza. Alcune osservazioni merita poi certamente anche il principio di equivalenza. Sul punto occorre precisare che detto principio contrasta con una regola nazionale interna in base alla quale un'azione di responsabilità esercitata contro lo Stato e fondata su una violazione di tale diritto da parte di una legge nazionale, violazione constatata da una sentenza della Corte di giustizia, può avere esito positivo solo qualora il ricorrente abbia previamente esaurito tutti i rimedi interni diretti a contestare la validità dell'atto amministrativo lesivo adottato sulla base di tale legge, sebbene una regola siffatta non sia applicabile ad un'azione di responsabilità contro lo Stato fondata sulla violazione della

Costituzione da parte di tale stessa legge, constatata dal giudice competente⁶⁶. Infatti, il principio di equivalenza richiede che la complessiva disciplina dei ricorsi si applichi indistintamente ai ricorsi fondati sulla violazione del diritto dell'Unione e a quelli simili fondati sulla violazione del diritto interno. Ed alla luce del loro oggetto e dei loro elementi essenziali, le due azioni di responsabilità di cui trattasi possono essere considerate simili, in quanto, da un lato, attengono esattamente allo stesso oggetto, cioè il risarcimento del danno subito dal soggetto leso a causa di un atto o di un'omissione dello Stato, e, dall'altro, l'unica differenza esistente tra le due azioni in questione consiste nella circostanza che le violazioni di diritto su cui esse si fondano sarebbero constatate, per una di esse, dalla Corte in una sentenza pronunciata in forza dell'art. 226 CE e, per l'altra, da una sentenza del giudice nazionale competente. Orbene, tale ultima circostanza, in mancanza di altri elementi che consentano di concludere nel senso dell'esistenza di altre differenze tra dette azioni, non può essere sufficiente per constatare una distinzione tra tali due azioni alla luce del principio di equivalenza. Pertanto, detto principio osta all'applicazione di una regola siffatta.

4. Il caso della prescrizione

Specifico rilievo, nell'ambito dell'autonomia procedurale riconosciuta dalla Corte agli Stati membri, riguarda la prescrizione⁶⁷: va infatti osservato che un'incidenza pratica significativa ha assunto la questione del termine entro cui esercitare l'azione risarcitoria. La prescrizione, com'è noto, è il modo di estinzione di diritti correlato al loro mancato esercizio per un tempo determinato dalla legge, in base alla *ratio* che la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici esigono che l'inerzia del titolare di un diritto si traduca,

⁶⁶ CGE, 26 gennaio 2010, C-118/08, *Transportes Urbanos*, in *Racc.* I-635.

⁶⁷ Cfr. PLAIA, *I rimedi*, cit., 171 per approfondite notazioni sul ruolo della prescrizione nel rapporto fra le contrapposte esigenze di certezza del diritto ed effettività della tutela nel diritto privato europeo. Cfr. anche TESCARO, *L'incertezza della prescrizione: l'esempio del danno da mancato recepimento di direttive comunitarie nella legge di stabilità 2012* in *Riv. Dir. priv.*, 2012, 2, 195 s.; SATULLO, *La prescrizione dell'azione di risarcimento nei confronti dello Stato per tardiva attuazione di una direttiva comunitaria*, in *La resp. Civ.*, 2011, ; AMALFITANO, PERSANO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione e decorrenza del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria*, in *Riv. Dir. int. Priv. Proc.*, 2012, 1, 111. Sia consentito il rinvio a LA MALFA RIBOLLA, *Ritardata attuazione delle direttive comunitarie e adeguata remunerazione dei medici specializzandi: tra prescrizione del diritto ed effettività della tutela*, nota a *Trib. Roma*, 15 marzo 2011, in *Resp. Civ.*, 2012, 8-9, 798.

decorso un lasso di tempo generalmente lungo, in perdita dell'azione per farlo valere in via giurisdizionale. Al riguardo nella sentenza *Palmisani*, si è precisato che il diritto comunitario non osta a che uno Stato membro imponga, per la proposizione di ogni ricorso diretto al risarcimento del danno subito a seguito della tardiva attuazione della direttiva, un termine di un anno a decorrere dalla recezione nel suo ordinamento giuridico interno, purché tale modalità procedurale non sia meno favorevole di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna. Secondo la Corte, termini del genere non sono tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico comunitario. Tuttavia, per adempiere la sua funzione di garantire la certezza del diritto, detto termine dev'essere stabilito previamente. Peraltro, quando la Commissione avvia un procedimento per inadempimento nei confronti di uno Stato, il diritto comunitario non richiede che il termine di prescrizione del diritto al risarcimento nei confronti dello Stato che si sia reso responsabile di una violazione del diritto comunitario, previsto dalla normativa nazionale, sia interrotto o sospeso durante tale periodo. La Corte coglie poi l'occasione per ricordare che la constatazione dell'inadempimento è un elemento significativo ma non indispensabile per verificare che sia soddisfatta la condizione secondo cui la violazione del diritto comunitario dev'essere sufficientemente qualificata. Infatti, i diritti conferiti ai soggetti non possono dipendere dalla valutazione della Commissione in ordine all'opportunità di avviare un procedimento nei confronti di uno Stato membro, né dalle eventuali sanzioni della Corte che dichiara l'inadempimento. D'altro canto, nella stessa sentenza poc'anzi citata la Corte ha rilevato che il diritto comunitario non osta a che il termine di prescrizione di un'azione di risarcimento nei confronti dello Stato, basata sulla carente trasposizione di una direttiva, inizi a decorrere dalla data in cui i primi effetti lesivi di detta scorretta trasposizione si siano verificati e ne siano prevedibili altri, anche qualora tale data sia antecedente alla corretta trasposizione della direttiva. Sul punto, in conseguenza della controversa natura della responsabilità e delle diverse regole in punto di prescrizione del diritto al risarcimento del danno, la giurisprudenza sia comunitaria che

nazionale ha fornito interpretazioni diverse in punto di durata del termine di prescrizione e collocazione temporale del *dies a quo*. Sotto il distinto profilo dell'ordinamento italiano è noto, infatti, che per il risarcimento del danno contrattuale vale il termine ordinario decennale (art. 2946 c.c.), mentre il diritto al risarcimento del fatto illecito e al pagamento di somme dovute periodicamente, ad esempio in dipendenza di un rapporto di lavoro, si prescrive in cinque anni (art. 2947 c.c. ed art. 2948 n.4). Sotto altro aspetto, la decorrenza ordinaria della prescrizione comincia dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, con una chiara valorizzazione dell'aspetto soggettivo di esigibilità dell'azione e di conoscibilità del diritto da parte del titolare; nel caso del diritto al risarcimento del fatto illecito, invece, il termine comincia a decorrere dal giorno in cui il fatto si è verificato, con rilievo dato alla mera possibilità legale di esercitare il diritto. Occorre dare conto, peraltro, di una prassi interpretativa che tempera in senso soggettivo la regola fornita dall'art. 2947 c.c.. a proposito di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da fatto illecito, fissando cioè il *dies a quo* nel momento in cui può presumersi che il titolare debba conoscere che il fatto sia accaduto. La questione è stata espressamente affrontata dal legislatore italiano in un'ottica di riduzione della spesa pubblica. In particolare, la legge 12 novembre 2011, n. 183 (legge di stabilità 2012) prevede all'art. 43, IV comma: "La prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da mancato recepimento nell'ordinamento dello Stato di direttive o altri provvedimenti comunitari soggiace, in ogni caso, alla disciplina di cui all'articolo 2947 del codice civile e decorre dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è effettivamente verificato". La norma richiede un'esegesi e un raffronto con il panorama comunitario. Sotto un profilo esegetico, va in primo luogo evidenziato il carattere straordinario ed emergenziale dell'intervento del legislatore operato, per di più all'interno della legge di stabilità, su di un istituto codicistico tradizionale quale la prescrizione. L'intenzione del legislatore, il cui intervento è mosso dalla necessità di contenere la spesa pubblica a seguito delle presumibili condanne di massa a favore dei medici specializzandi del periodo 1983-1991, mostra plasticamente

come le ragioni dell'esclusione della responsabilità siano attualmente legate non già ad un'idea di intangibilità della sovranità nazionale, vieppiù in disuso⁶⁸, ma al bisogno pratico di tenere indenni le già esauste casse dello Stato da verosimili condanne risarcitorie di *mass torts*. La preoccupazione del legislatore ha avuto evidentemente origini dalla pronuncia della Corte di Cassazione n. 9147/2009, con cui si è stabilita, insieme con la natura contrattuale della responsabilità, la durata decennale del termine di prescrizione e la decorrenza del *dies a quo* nel momento in cui lo Stato dimostra definitivamente di non voler dare attuazione alla direttiva; il legislatore, con l'adozione della norma in esame, contrasta chiaramente tale orientamento, prevede espressamente la durata quinquennale e fissa la decorrenza al momento della verifica del fatto cui la direttiva ricollega il diritto. V'è da chiedersi se l'espressa menzione del solo risarcimento conseguente alla mancata trasposizione di direttive comunitarie o di altri provvedimenti comunitari escluda altri casi di violazione del diritto comunitario (la locuzione "in ogni caso" è infatti riferita solo a questa specie di responsabilità dello Stato membro). Il problema interpretativo potrebbe essere causato dalla peculiare formulazione della norma, posto che, pur essendo le mancate trasposizioni di direttive il caso statisticamente più rilevante di violazione, non dovrebbero sussistere ragioni teoriche e sistematiche per differenziare i vari casi di violazione del diritto europeo sotto il profilo della prescrizione. Occorre quindi dunque domandarsi se sussista una lacuna effettiva o soltanto apparente. Certamente l'ipotesi di un regime differenziato in termini di prescrizione o in termini più generali di natura della responsabilità, determinata da una lacuna apparente, pone problemi non indifferenti di coordinamento, ragion per cui la soluzione più semplice ed essenziale si mostra il ricorso all'*analogia legis* e, dunque, l'estensione della soluzione della prescrizione quinquennale a tutti i casi (simili) di responsabilità. Inoltre, il dato della prescrizione quinquennale, pur conciliando la ricostruzione della responsabilità in termini extracontrattuali, non esclude necessariamente la configurazione in chiave contrattuale, la quale è caratterizzata dal termine (ordinario) decennale e da una serie di (diversi)

⁶⁸ PIRAINO, *L'inadempimento dello Stato*, cit., 734.

termini speciali.

Argomentando al contrario a favore della lacuna apparente e nel presupposto della tesi contrattuale, potrebbe, viceversa, in astratto sostenersi che soltanto la violazione per mancato recepimento di direttive entro termini sia sottoposta all'espresso regime quinquennale; e che, al contrario, gli altri casi di violazione siano sottoposti all'ordinario termine decennale della responsabilità contrattuale. Un'interpretazione adeguatrice della norma sulla prescrizione, basata sul principio di ragionevolezza sotteso all'art. 3 della Costituzione, sconsiglia tuttavia tale ultima ricostruzione.

Dal canto suo, la giurisprudenza comunitaria ha avuto modo in più occasioni di intervenire sulla prescrizione dell'illecito euro-unitario fornendo indicazioni volte, come di consueto, a bilanciare le contrapposte ragioni di certezza del diritto ed effettività della tutela. Così, nel caso *Danske Slagterier*⁶⁹ ha affermato che il diritto comunitario non osta a che il termine di prescrizione di un'azione di risarcimento nei confronti dello Stato, basata sulla carente trasposizione di una direttiva, inizi a decorrere dalla data in cui i primi effetti lesivi di detta scorretta trasposizione si siano verificati e ne siano prevedibili altri, anche qualora tale data sia antecedente alla corretta trasposizione della direttiva in parola; ma nella medesima decisione si sostiene che non è da escludersi che un termine di prescrizione breve per la proposizione di un ricorso per risarcimento danni, possa rendere praticamente impossibile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno causato da tale intesa o pratica vietata. In caso di infrazioni continuate o ripetute, non è infatti impossibile che il termine di prescrizione si estingua addirittura prima che sia cessata l'infrazione e, in tal caso, chiunque abbia subito danni dopo la scadenza del termine di prescrizione si troverebbe nell'impossibilità di presentare un ricorso.

Ciò non di meno, per adempiere la sua funzione di garantire la certezza del diritto, va ribadito che un termine di prescrizione dev'essere stabilito previamente. Infatti, una situazione caratterizzata da un'incertezza normativa significativa può costituire una violazione del principio di effettività, poiché il

⁶⁹ Racc. pag. I-2119

risarcimento dei danni causati alle persone da violazioni del diritto comunitario imputabili ad uno Stato membro potrebbe essere reso eccessivamente gravoso nella pratica se detti soggetti non potessero determinare il termine di prescrizione applicabile con un ragionevole grado di certezza. Spetta perciò al giudice nazionale, tenuto conto del complesso degli elementi che caratterizzano la situazione di fatto e di diritto all'epoca dei fatti di causa verificare, alla luce del principio d'effettività, se l'applicazione per analogia di un termine previsto da una norma nazionale alle domande di risarcimento dei danni provocati a seguito della violazione del diritto comunitario da parte dello Stato membro interessato sia sufficientemente prevedibile dai soggetti.

Da tale arresto giurisprudenziale può trarsi la conclusione che nonostante l'espresso intervento legislativo, paiono pur sempre residuare pur sempre spazi di incertezza del termine prescrizionale dell'azione risarcitoria per violazione comunitaria, collegata al mutevole quadro giurisprudenziale di applicazione del principio di effettività. Segnatamente, assodato che il termine di prescrizione per l'azione dinanzi al giudice italiano decorre dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è effettivamente verificato, non sembrano del tutto chiusi gli spazi alla disapplicazione o all'interpretazione conforme. Il principio di effettività si conferma così un *unruly horse* in grado di rendere precaria anche la disciplina della prescrizione⁷⁰.

5. La nozione di norma attributiva di diritti

Chiarita la struttura tripartita dell'illecito, possono essere oggetto d'esame i suoi tre requisiti: la violazione di una norma attributiva di diritti, il carattere grave e manifesto della violazione, la sussistenza di un nesso di causalità.

Rilevare che una norma attribuisce diritti è operazione che tende a superare il

⁷⁰ Perviene giustamente a considerare l'impossibilità di concepire una regola generale PLAIA, *I rimedi* cit., 174. Richiamato in proposito il risalente caso *Emmott*, nel quale i giudici di Lussemburgo hanno optato per una soluzione di particolare favore per i destinatari dei diritti riconosciuti – corrispondente alla decorrenza soltanto dal momento della corretta trasposizione della direttiva –, l'Autore nota che si è così deciso solo in ragione delle circostanze del caso concreto, dal momento che nella fattispecie i tempi e le modalità di intervento del legislatore nazionale erano stati tali da impedire l'esercizio dei diritti riconosciuti: sicché la soluzione non può essere generalizzata, al pari di quella espressa successivamente secondo cui la trasposizione pur non corretta determina la decorrenza del *dies a quo*.

dato dell'espressione letterale della norma stessa⁷¹. Così, è sufficiente il livello letterale dell'interpretazione per dedurre che la norma contenuta in alcune direttive comunitarie non *self-executing*, che prevede a favore dei medici specializzandi "il diritto ad un'adequata remunerazione", ha questa caratteristica. La legislazione comunitaria regola però molti casi in cui, pur in mancanza di un'attribuzione così espressa, è ragionevole e logico dedurre che la posizione dei singoli è oggetto di tutela diretta e specifica. Un'aggiornata disamina del significato del requisito in parola è contenuta nelle Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott⁷², rassegnate nella vicenda di una proprietà immobiliare, il cui valore risultava pregiudicato dal rumore prodotto dagli aeromobili, proveniente da un aeroporto sito nelle vicinanze. Un'illustrazione di tali Conclusioni sembra molto utile, nella misura in cui da un lato richiama i requisiti tradizionali per poter affermare che una norma è attributiva di diritti; dall'altro, valuta le possibilità di un'interpretazione estensiva di tali requisiti, assecondando ampliamenti interpretativi già ipotizzati in dottrina ⁷³ . Presupposto di fatto della questione è che dall'entrata in vigore della direttiva VIA (per VIA intendendosi la valutazione d'impatto ambientale, un procedimento amministrativo volto a contemperare l'interesse alla fruibilità e salubrità dell'ambiente con quello alla realizzazione di infrastrutture, della quale è indispensabile requisito procedimentale) l'aeroporto in questione è stato più volte ampliato senza valutazione dell'impatto ambientale; il traffico aereo è peraltro notevolmente aumentato. Nella fattispecie sottoposta all'attenzione dell'Avvocato Kokott viene dunque in considerazione la risarcibilità del danno da svalutazione di un immobile, asseritamente

⁷¹ GRANGER, *National applications of Francovich*, cit., 176, osserva che l'integrazione della condizione di conferimento di diritti appare più problematica in ordinamenti dotati di un approccio soggettivo, richiedente una norma di protezione (come quelli tedesco, olandese e inglese); viceversa, in altri ordinamenti (in particolare quello francese e spagnolo) "*a mere illegality is usually sufficient to engage the state liability (i.e. objective approach)*".

⁷² Conclusioni dell'Avv. Gen. Juliane KOKOTT presentate nella causa C-420/11, *Leth*, non ancora pubblicate nella raccolta.

⁷³ Cfr. CALZOLAIO, *La violazione del diritto comunitario non è antigiuridica: l'illecito dello Stato al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Contr. Impresa*, 2010, 1, il quale osserva che la tutela dei singoli non deve necessariamente esaurire lo scopo della norma attributiva di diritti. Così, "anche laddove ci si trovi in presenza di disposizioni che perseguono obiettivi generali (libera prestazione dei servizi, libera circolazione delle merci, concorrenza, ecc.) ciò non esclude che esse possano essere interpretate nel senso che attribuiscono anche diritti ai singoli, pur se non sono dotate di efficacia diretta". Dunque, le norme la cui violazione genera responsabilità dello Stato possono ben rivestire carattere generale e privo di effetto diretto, con un conseguente notevole ampliamento dell'ambito della tutela risarcitoria.

conseguente alla realizzazione ed alla fruizione di un'infrastruttura realizzata, in assenza di valutazione d'impatto ambientale. La ricorrente decise dunque di richiedere allo Stato austriaco e al Land Bassa Austria il risarcimento dei danni per la perdita di valore della sua proprietà immobiliare a causa del rumore prodotto dagli aeromobili, fondando tale richiesta sul fatto che gli effetti sull'ambiente dei progetti di ampliamento avrebbero dovuto essere valutati ai sensi della direttiva. Il problema dell'esatto inquadramento della questione dell'attribuzione dei diritti emerge presto: ci si chiede nelle Conclusioni se la violazione di una direttiva rivolta ad evitare danni ambientali possa comportare anche l'indennizzo di danni economici, atteso che altro è, per definizione, lo scopo della direttiva VIA: la tutela dell'ambiente⁷⁴. In più, precisa l'Avvocato generale, occorre prestare particolare considerazione alla tipologia normativa cui va ascritta la direttiva VIA: detta direttiva contiene, infatti, solo disposizioni procedurali, non prevedendo viceversa alcun requisito sostanziale in merito ai progetti da sottoporre a valutazione, né tantomeno previsioni sul risarcimento dei danni. La valutazione d'impatto ambientale, inoltre, a norma dell'articolo 3 della direttiva individua, descrive e valuta, in modo appropriato, per ciascun caso particolare e conformemente agli articoli da 4 a 11, gli effetti diretti e indiretti di un progetto sull'uomo, sull'ambiente (con elencazione dei suoi fattori costitutivi: fauna e sulla flora; il suolo, l'acqua, l'aria, il clima e il paesaggio), nonché sui beni materiali ed il patrimonio culturale. Altra disposizione della direttiva prevede che gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che il committente fornisca, nella forma opportuna, una serie di specifiche informazioni; l'articolo 6 disciplina poi varie forme di partecipazione del pubblico. In virtù di tali doveri di informazione, gli Stati membri provvedono affinché, entro scadenze ragionevoli, il pubblico interessato abbia accesso a tutte le informazioni del procedimento, una descrizione delle componenti dell'ambiente potenzialmente soggette ad un impatto importante del progetto proposto, con particolare riferimento alla popolazione, alla fauna e alla flora, al suolo, all'acqua, all'aria, ai fattori climatici, ai beni materiali, compreso il patrimonio architettonico e

⁷⁴ NOLAN, *The liability of public authorities for failing to confer benefits*, in *The law quarterly review*, 2011, 260 s..

archeologico, al paesaggio e all'interazione tra questi vari fattori, una descrizione dei probabili effetti rilevanti del progetto proposto sull'ambiente⁷⁵. L'*Oberster Gerichtshof* richiede perciò alla Corte di interpretare la nozione di "beni materiali" e di chiarire se essa riguardi solo la sostanza degli stessi o anche il loro valore; e di pronunciarsi poi in modo da evidenziare se la valutazione dell'impatto ambientale abbia anche lo scopo di tutelare i singoli contro danni patrimoniali consistenti nella diminuzione del valore di un bene immobile di loro proprietà. L'individuazione dello scopo di tutela è il criterio per stabilire se la norma sia o meno attributiva di diritti. La Commissione osserva giustamente che la nozione di "beni materiali" non è necessariamente circoscritta – come nel diritto di vari Stati membri – alla sostanza dei beni di volta in volta rilevanti. Nondimeno, alla luce anche di un sommario esame del diritto dei singoli Stati membri, un'estensione della valutazione al valore dei beni materiali non è conforme allo scopo della direttiva VIA, né trova un ancoraggio nel testo della stessa. La Corte fa cioè applicazione del criterio letterale e del criterio teleologico, principali strumenti dell'interpretazione normativa, per desumere che la direttiva non contempla in generale alcuna forma di protezione per il valore dei beni materiali, dovendo essere presi in considerazione soltanto gli effetti su detti beni, che possano essere importanti anche per l'ambiente naturale⁷⁶. A ben vedere, in un precedente, *Wells*⁷⁷, la Corte aveva già statuito che lo Stato membro interessato ha l'obbligo di risarcire tutti i danni causati dalla mancata valutazione dell'impatto ambientale; tale statuizione, tuttavia, precisa la Corte, non può essere interpretata nel senso che nel caso della direttiva VIA non siano richieste le condizioni cui è subordinata la responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione, che vanno pur sempre rispettate. Segnatamente, la domanda di pronuncia pregiudiziale concerne la prima di tali condizioni: "Occorre verificare se l'obbligo, posto dalla direttiva VIA, di effettuare una valutazione dell'impatto ambientale sia preordinato a conferire diritti ai singoli" che si

⁷⁵ A proposito della nozione di "descrizione" di cui all'allegato IV, punto 4, della direttiva VIA, in una nota a piè di pagina si precisa che essa "dovrebbe riguardare gli effetti diretti ed eventualmente gli effetti indiretti, secondari, cumulativi, a breve, medio e lungo termine, permanenti e temporanei, positivi e negativi del progetto".

⁷⁶ NOLAN, *Op. cit.*, 265 s..

⁷⁷ CGE, C-201/02, *Wells*, in *Racc.*, I-723, punto 66.

trovino nella stessa situazione della ricorrente. A questo punto occorre richiamare i due requisiti necessari affinché una norma possa considerarsi attributiva di diritti: i singoli devono poter fare valere la norma in giudizio e la norma deve aver per scopo la tutela dell'interesse rappresentato dal singolo. L'avvocato generale Kokott passa perciò ad esaminare il presupposto fondamentale affinché una norma sia preordinata a conferire diritti ai singoli lesi, ossia la possibilità per i singoli possano far valere tale norma, deducendo che in assenza di disposizioni chiare e specifiche tale legittimazione non sussiste: devono, in altri termini, sussistere nel tessuto linguistico e concettuale dell'atto normativo indicazioni univoche di tutela della di una posizione soggettiva. L'approccio adottato per verificare l'"azionabilità" di una norma è perciò tendenzialmente strigente ed il risultato, nel caso di specie, negativo. Focalizzando poi sull'altro requisito per la sussistenza di una norma attributiva, occorre che l'interesse azionato (in questo caso un interesse economico) rientri nello scopo di tutela dell'atto normativo invocato.

In proposito l'Avv. Generale formula un parere piuttosto eclettico: taluni danni economici rientrerebbero nello scopo di tutela di una direttiva incentrata sull'ambiente essendo una particolare manifestazione di determinati aspetti degli effetti di tutela sull'ambiente.

Sicché, se a causa del rumore un habitat diventasse meno gradito ad una specie e questa pertanto lo utilizzasse di meno, in sede di valutazione se ne dovrebbe tenere conto; e, conseguentemente, se il valore degli immobili diminuisce a causa del rumore prodotto dagli aeromobili, questo effetto economico trova la sua origine nel fatto che la proprietà immobiliare risulta meno gradita agli uomini. Proprio in considerazione di un rischio di un allargamento indefinito delle ipotesi tutelabili, vanno peraltro esclusi danni non ricollegabili in alcun modo agli effetti sull'ambiente del progetto, come ad esempio uno svantaggio concorrenziale: la differenziazione invocata tra la tutela della proprietà e la tutela dell'impresa appare però apodittica e non sufficientemente giustificata⁷⁸. Emerge quindi che la prevenzione dei danni economici causati dal rumore prodotto dagli aeromobili ma indipendenti dall'inquinamento ambientale

⁷⁸ NOLAN, *Op. cit.*, 270 s..

rientra nell'ambito di tutela della direttiva; al contempo, non è possibile far valere in via risarcitoria le norme intese a dettare il procedimento della VIA.

Posto ciò l'Avvocato Kokott compie un rilevante approfondimento interpretativo. Ritiene infatti di richiamare l'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva VIA, ai sensi del quale la partecipazione del pubblico al procedimento considerato ricomprende anche l'informazione circa le conseguenze del progetto sull'ambiente. Segnatamente, si prevede che gli Stati membri diano accesso a tutte le informazioni che il committente del progetto deve fornire ai sensi dell'articolo 5, nonché ad ogni ulteriore informazione pertinente di cui le autorità competenti dispongano.

La partecipazione del pubblico è rivolta prioritariamente ad una tempestiva individuazione degli effetti sull'ambiente: essa realizza tuttavia, ed è questa la chiave di volta del ragionamento, una funzione di avvertimento per il pubblico interessato.

I singoli, pertanto, possono intraprendere scelte di comportamento libere e consapevoli, ad esempio prevenendo il danno economico, a prescindere da un loro eventuale intervento procedimentale ed ai sensi della disposizione per cui il pubblico è informato della decisione che chiude il procedimento di autorizzazione e delle sue principali motivazioni.

Posto ciò, una carente trasposizione della direttiva VIA, nella misura in cui pregiudichi tale funzione di avvertimento (ad esempio escludendo idonee forme di pubblicità della chiusura del procedimento di VIA), in linea generale comporta un diritto al risarcimento dei danni.

In conclusione, la sola circostanza che siano stati cagionati effetti sull'ambiente in violazione della direttiva VIA non comporta di per sé l'obbligo di risarcire i danni (secondari) causati da tali effetti; è cioè confermato che le conseguenze economiche derivanti dalla carente trasposizione di una direttiva di tutela dell'ambiente esulano dallo scopo della direttiva VIA.

Nondimeno, il diritto al risarcimento dei danni è possibile anche per un danno economico, qualora il pubblico interessato, a causa di errori intervenuti nell'applicazione della direttiva VIA, non sia stato adeguatamente informato dei prevedibili effetti sull'ambiente; e l'obbligatoria predisposizione di un

adeguato sistema di tutela informativa nei confronti del pubblico può comportare anche il risarcimento di pregiudizi economici non connessi all'ambiente, in ragione della compromissione della funzione di avvertimento propria dei doveri di informazione stabiliti dalla direttiva stessa.

Bisogna dunque valutare il considerevole ampliamento del perimetro della nozione di norma attributiva di diritto proposto dall'Avvocato Generale Kokott.

In presenza del requisito della possibilità di far valere la norma, non solo una norma espressamente orientata a soddisfare il bisogno di tutela tipico può comportare il conferimento di diritti; piuttosto, tale condizione può essere soddisfatta anche da una norma orientata a soddisfare scopi strumentali o collegati all'interesse principale azionabile. In questo modo l'interesse al valore di un immobile può trovare occasionalmente tutela in forza di rimedi dettati per la tutela dell'ambiente ma che, nel caso di specie, risultano attualmente funzionali a scopi di tutela diversi.

La latitudine del rimedio dell'azione risarcitoria nei confronti dello Stato potrebbe conoscere, ove le conclusioni dell'Avvocato generale fossero accolte dalla Corte, un deciso aumento: altro è muoversi all'interno del perimetro di tutela originariamente fissato da una direttiva (sicché una minusvalenza immobiliare nulla ha che fare con l'omessa valutazione d'impatto ambientale); altro è accertare collegamenti fra aspetti rimediali disciplinati da una direttiva e bisogni di tutela da questa non contemplati, né espressamente né implicitamente (sicché l'osservanza puntuale obblighi di informazione da parte dell'ente responsabile della costruzione dell'aeroporto può permettere al proprietario dell'immobile di attivarsi per ridurre o evitare la diminuzione di valore).

Si tratta di un'operazione ad elevato tasso di arbitrarietà; non a caso le conclusioni dell'Avv. Kokott sono tutt'altro che sommarie ed invocano un dialogo con il giudice remittente: "Dalla domanda di pronuncia pregiudiziale non emergono elementi per ritenere che i danni controversi nella fattispecie oggetto della causa principale derivino da un'eventuale violazione della funzione di avvertimento della valutazione dell'impatto ambientale. In ultima

analisi, tuttavia, spetta ai giudici nazionali indagare i fatti in tale prospettiva”⁷⁹.

6. *La sufficiente serietà della violazione.*

Volgendo lo sguardo al secondo requisito dell'illecito, esso è stato alternativamente etichettato come “violazione grave e manifesta”, “violazione sufficientemente seria”, “sufficientemente qualificata” o “sufficientemente caratterizzata”.

E' un dato acquisito che la sufficiente serietà della violazione è concetto scalare, il cui grado d'integrazione è inversamente proporzionale al margine di discrezionalità legalmente dato all'autorità cui va ricondotta la violazione del diritto comunitario. Altri parametri rilevanti sono il livello di chiarezza e precisione della disposizione violata e il carattere d'incondizionatezza; l'intenzionalità della violazione commessa e del pregiudizio; la scusabilità o l'inescusabilità dell'errore di diritto; l'eventuale concorso del fatto colposo riferibili ad istituzioni dell'Unione.

La Corte omette talvolta di considerare la doppia esigenza della precisione e dell'incondizionatezza ed ha riguardo soltanto del margine di valutazione discrezionale di cui gli Stati membri dispongono, invitando in tali casi il giudice nazionale ad accertare soltanto se il legislatore nazionale sia rimasto entro i limiti di discrezionalità tracciati dalla direttiva stessa.

Così, si suole affermare che evidenza tipica, anche se non necessaria della violazione grave e manifesta da parte dello Stato, è la sentenza dichiarativa dell'inadempimento dello Stato membro da parte della Corte; ed ancora che la mancata trasposizione di una direttiva costituisce *in re ipsa* una violazione,

⁷⁹ Un recente caso affrontato dal Tribunale di Torino (cfr. Trib. Torino, 3 maggio 2010, n. 3145, con nota di WINKLER, *Franovich colpisce ancora: una nuova condanna per ritardato (ed errato) recepimento di una direttiva europea*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2011, 4, 918 s.) induce a soffermarsi sulla problematica dell'attribuzione di diritti da parte delle direttive non *self-executing*, ossia non dotate di disposizioni sufficientemente precise e incondizionate. La causa verte sull'interpretazione della direttiva comunitaria 2004/80/CE, istitutiva di un sistema pubblico di indennizzo per le vittime di reati intenzionali violenti. In specie, la direttiva non regolarmente attuata prevede che “Tutti gli Stati membri provvedono a che le loro normative nazionali prevedano l'esistenza di un sistema di indennizzo delle vittime dei reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori, che garantisca un indennizzo equo ed adeguato alle vittime”. La mancanza di effetto diretto di una simile disposizione, posto che la sua attuazione esige materialmente l'intervento attuativo e regolativo dello Stato membro, non la priva di un'inclinazione specifica ed unidirezionale in favore delle vittime, che ben possono farla valere. Altro è dovere riconoscere, dal punto di vista costituzionale interno, l'anomalia di una direttiva che, pur esigendo anche alla stregua del Trattato l'intervento attuatore dello Stato per essere efficace, produce, per così dire, un effetto risarcitorio per equivalente. Cfr. sul punto PIRAINO, *L'inadempimento dello Stato*, cit., *passim*.

senza che vi sia necessità d'indagare sul livello di serietà o caratterizzazione obiettiva dell'illecito. L'affermazione risale alla sentenza *Dillenkofer*, in cui si specifica che la mancata adozione di alcun provvedimento in attuazione di una direttiva, al fine di conseguire il risultato da essa prescritto entro il termine fissato a tal fine, costituisce di per sé una violazione grave del diritto comunitario e, di conseguenza, dà luogo a un diritto al risarcimento, per gli individui che soffrono lesioni, se il risultato prescritto dalla direttiva comporta l'attribuzione ai singoli di diritti il cui contenuto è identificabile e sussiste un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo incombente sullo Stato e il danno subito.

Il dato, pur euristicamente inoppugnabile ai fini dell'integrazione dell'illecito euro-unitario sollecita tuttavia una riflessione critica su alcuni difetti dello strumento normativo delle direttive. Sembra trattarsi di uno strumento normativo "debole", espressione di un ordinamento "debole". In particolare, la dicotomia tra forma e sostanza, tra mezzi ed obiettivi, che ne costituisce il profilo caratterizzante e differenziale rispetto al regolamento, sembra mostrare la corda proprio al livello concettuale. Infatti, proprio lo scostamento giuridico fra le modalità attuative ed i contenuti della direttiva comporta la necessità di un intervento, legislativo o regolamentare, o sollecita comunque una reazione da parte degli ordinamenti interni in un modo che può comunque, in forza di un processo interpretativo, risultare anti-europeo, tecnicamente non sufficientemente avvertito ed erroneo oppure, semplicemente, antinomico con il senso della direttiva.

Tale strumento normativo è, in altri termini, fisiologicamente esposto ad un rilevante tasso di violazione, sol che l'interprete (in primo luogo, il giudice) ravvisi seriamente che lo scostamento fra direttiva e atto di trasposizione da luogo a un effetto contrario alle finalità predeterminate dalla direttiva (dunque anti-europeo), ad errori tecnici (derivanti da carenza di qualità della normazione interna, trattandosi di intervento non sufficientemente avvertito ed erroneo) oppure ad una differenza obiettiva di significati dal punto di vista letterale (un'antinomia fra la norma comunitaria e la norma interna). Con il principio di effettività che incide significativamente su tali scostamenti

interpretativi.

I casi immaginati, tutt'altro che infrequenti, sono incentivati dall'interventismo giudiziale e dall'approccio giusrealistico della Corte di giustizia, che mira da tempo a costruire un sistema di sindacato diffuso delle violazioni del diritto comunitario fra tutti i giudici nazionali, ampliando così la platea degli interpreti.

Inoltre, può aggiungersi che ove la legge nazionale garantisca già un livello di protezione adeguato alle finalità della direttiva la mancata trasposizione non potrà comunque costituire una violazione *in re ipsa*. Sembra lecito, poi, domandarsi se, sempre e comunque, siano addebitabili conseguenze, in termini di responsabilità, ad uno Stato che, con esplicita manifestazione di volontà politica, scelga di rifiutarsi di dare piena attuazione a una direttiva ove, poniamo il caso, essa sia ritenuta compromettere taluni valori protetti dai principi supremi costituzionali, salvaguardati in virtù della teoria dei controlimiti. L'Europa della sovranità multilivello, del dialogo fra le Corti e delle geometrie variabili, potrebbe cioè trovarsi a concedere aperture di questo tipo, non a favore della *policy* dell'immunità dei pubblici poteri (dato che il principio *The King can do no wrong* appare in via di superamento) ma a tutela dei livelli statali ed infra-statali di decisione politica, a maggior ragione se dotati di legittimazione democratica.

Posto ciò, in dottrina la nozione di violazione grave e manifesta resta alquanto controversa. La confusione è dovuta in parte al fatto che la Corte di giustizia europea non si limita a formulare un concetto neutro, ma richiede un connotato di valutazione in più, ossia la sufficiente gravità: con la concreta possibilità di diverse interpretazioni. Ad esempio, la terminologia inglese (*sufficiently serious breach*) induce erroneamente a richiedere una soglia piuttosto alta per la responsabilità per violazione del diritto comunitario (in linea con lo *standard* della responsabilità inglese della responsabilità dei pubblici poteri) rispetto alle altre lingue che richiedono solo che la violazione sia sufficientemente qualificata o caratterizzata.

In proposito, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha chiarito che una violazione grave e manifesta non implica necessariamente la sussistenza della

grave negligenza nè un *test* di irragionevolezza marginale, ossia un argomento inerente il nesso di causalità.

Un Autore suggerisce l'uso del termine “violazione”, senz'altra precisazione, al fine di stabilire la responsabilità della Comunità e contrastare l'eventualità di interpretazioni non uniformi⁸⁰. Ciò di per sé non esclude che, se nel caso di specie uno Stato membro ha un margine di discrezionalità, questo debba essere preso in considerazione per stabilire una tale violazione. Altra dottrina⁸¹, parimenti critica, ritiene invece l'opportunità dell'adozione di un principio comune globale, prescindente da ogni esame della discrezionalità, facendo proprio il criterio delle modalità di operato ragionevole in simili circostanze una pubblica autorità. Sembra trattarsi di una proposta che, spostando l'ottica dal comportamento dello Stato ad uno *standard* comune di comportamento, potrebbe accreditare prassi valutative comuni delle aspettative nei confronti del potere.

Quanto all'incondizionatezza dell'obbligo, la Corte di ha di recente fatto il punto ⁸² chiarendo che una disposizione del diritto dell'Unione è incondizionata quando prevede un obbligo non sottoposto ad alcuna condizione né subordinato, sotto il profilo della sua osservanza o dei suoi effetti, all'adozione di alcun atto da parte delle istituzioni dell'Unione o degli Stati membri.

In particolare, se dall'analisi del contesto normativo emerga che la disposizione considerata rivesta natura programmatica, consistendo nell'enunciazione di un obiettivo e che in capo agli Stati membri sussista un'ampia discrezionalità dal punto di vista delle misure attuative, la disposizione in linea di principio non è incondizionata; scendendo tuttavia nel dettaglio di casi più specifici, ci si può domandare se la precisione e incondizionatezza dell'obbligo di conformità alla normativa comunitaria può riguardare le norme che conferiscono poteri di programmazione e pianificazione in capo allo Stato.

⁸⁰ VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford, 2007, 502.

⁸¹ VAN GERVEN, *Casebook on Torts*, Oxford, 2000, 358.

⁸² CGE, *Stichting Natuur en Milieu* (procedimenti riuniti da C-165/09 a C-167/09); a conferma di un orientamento consolidato. Cfr., in particolare, sentenze 3 aprile 1968, causa 28/67, Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe, Racc. 211, nonché 23 febbraio 1994, causa C-236/92, Comitato di coordinamento per la difesa della cava e a., Racc. I-483, punto 9.

Può dirsi che, qualora la normativa comunitaria attributiva di poteri di pianificazione e programmazione preveda limiti precisi sotto il profilo dei risultati (esattamente determinati in senso fisico o quantitativo) è chiaro che essa risulta violata ove il limite risulti superato.

Tuttavia, ed è questa la novità più rilevante in prospettiva risarcitoria, anche in assenza di un limite preciso in senso quantitativo, sussiste una pretesa del singolo direttamente interessato a un'adozione specifica di misure e politiche adeguate: così, l'art. 6 della direttiva 2001/81 attribuisce ai singoli direttamente interessati diritti che possono essere invocati dinanzi ai giudici nazionali per pretendere che, nel periodo transitorio dal 27 novembre 2002 al 31 dicembre 2010, gli Stati membri adottino o prevedano, nell'ambito di programmi nazionali, politiche e misure, adeguate e coerenti, atte a ridurre, complessivamente, le emissioni degli inquinanti indicati in modo da conformarsi ai limiti nazionali previsti nell'allegato I di detta direttiva entro il 2010, e mettano i programmi elaborati a tal fine a disposizione della popolazione e delle organizzazioni interessate mediante informazioni chiare, comprensibili e facilmente accessibili. Più in generale, fermo il concetto di discrezionalità dello Stato, intesa come libertà di scegliere fra più decisioni, legislative, amministrative o giudiziarie, tutte normativamente garantite come quelle corrette e legalmente giustificate, la giurisprudenza della Corte mostra di guardare oltre gli schemi consolidati e si spinge a sindacare a fini risarcitori nell'alveo dei poteri di pianificazione e programmazione dello Stato-amministrazione, ove, sussistendo un'ampio margine di discrezionalità legalmente garantito, per accertare una violazione sufficientemente seria va verificato se le modalità dell'azione siano ragionevoli. Alla luce, in prospettiva futura, di uno *standard* comune europeo di azione amministrativa ragionevole.

7. Il nesso di causalità e il danno.

Il nesso di causalità costituisce il collegamento necessario e sufficiente fra la violazione del diritto comunitario e il danno; la Corte di Giustizia, stando alle tratte regole giurisprudenziali, si limita a richiederne la sussistenza e ne

rimette la concreta disciplina agli ordinamenti nazionali⁸³.

La questione costituisce una delle più complesse e “tormentate” di ogni ordinamento europeo e la sua soluzione è necessariamente affidata all’applicazione di criteri generali⁸⁴. Ad esempio, al fine di verificare l’eventuale integrazione del nesso, la Cassazione italiana ha elaborato il criterio c.d. del “più probabile che non”: ove in un giudizio prognostico risulti adeguato e complessivamente più probabile che il comportamento dedotto come illecito abbia costituito causa efficiente del danno, si desume che l’illecito è stato causa del danno. Il nesso può essere interrotto ad esempio da comportamenti ascrivibili al danneggiato pur se indipendenti dalla sua volontà⁸⁵.

E’ stato notato che l’incidenza delle pronunce giurisprudenziali del giudice comunitario è assai maggiore di quanto a prima vista potrebbe sembrare, con riferimento alle situazioni in cui il nesso può essere interrotto da cause antecedenti o contemporanee che siano state da sole sufficienti a provocare il danno⁸⁶. Ora, se è vero che la Corte di giustizia costantemente afferma l’assenza di pregiudizialità per l’azione risarcitoria, sembra altrettanto chiaro che il comportamento ingiustamente e negligenemente omissivo del danneggiato possa astrattamente interrompere il nesso di causalità, quante volte sia obiettivamente pronosticabile che l’illecito sarebbe stato eliminato tempestivamente attraverso l’esperimento dell’azione di annullamento.

Relativamente all’impiego dei mezzi di tutela giudiziaria disponibili al fine di far valere la responsabilità di uno Stato membro per violazione del diritto

⁸³ TOMULIC VEHOVEC, *The cause of Member State liability*, in *European Review of Private Law*, 2012, 3, 851 s.. Per una disamina approfondita cfr. Avv. Gen. MENGOZZI, Conclusioni dell’11 gennaio 2008 presentate nella causa CGE, C-282/05, *Holcim*, in *Racc.* I-2941.

⁸⁴ CALZOLAIO, *La violazione del diritto comunitario* cit., 86.

⁸⁵ Nel nostro ordinamento il concorso del fatto colposo del creditore mostra aspetti particolari proprio con riferimento alla responsabilità della pubblica amministrazione e alla pregiudizialità dell’azione amministrativa rispetto all’azione risarcitoria. Infatti, pur essendo stata espressamente esclusa la pregiudizialità dell’azione di annullamento del provvedimento (illegittimo ed) illecito rispetto all’azione risarcitoria, è stato al contempo valorizzato, in termini di negligenza concorrente a cagionare l’illecito, il comportamento del soggetto danneggiato che non abbia impugnato tempestivamente provvedimento, pur avendo potuto trarre adeguata tutela già da tale impugnativa. Il legislatore italiano ha espressamente accolto tale soluzione nel codice del processo amministrativo.

⁸⁶ Cfr., CGE, sentenza 24 settembre 1998, *Brinkmann Tabakfabriken*, in *Racc.* I, 5255, ove è stata negata la sussistenza del nesso causale in una fattispecie di applicazione *de facto* delle disposizioni di una direttiva che non era stata formalmente trasposta. L’interruzione del nesso causale è stata oggetto d’approfondimento anche in *Rechberger*, in *Racc.* 1999, I-3502, concernente la tardiva trasposizione sulla tutela degli acquirenti dei c.d. “viaggi tutto compreso”. Segnatamente, la Corte ha evidenziato che i danni subiti dai consumatori austriaci in forza del mancato recepimento, in particolare sul diritto alla garanzia in caso di fallimento del *tour operator*, fossero diretta conseguenza dell’inadempimento dello Stato membro, sebbene all’origine dell’azione risarcitoria vi fosse il comportamento degli operatori.

dell'Unione, la Corte ha già dichiarato che il giudice nazionale può verificare se il soggetto leso abbia dato prova di una ragionevole diligenza per evitare il danno o limitarne l'entità e, in particolare, se esso abbia tempestivamente esperito tutti i rimedi giuridici a sua disposizione⁸⁷.

Infatti, in forza di un principio generale comune agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, la persona lesa, per evitare di doversi accollare il danno, deve dimostrare di avere agito con ragionevole diligenza per limitarne l'entità⁸⁸.

Tuttavia, dalla giurisprudenza della Corte emerge che sarebbe contrario al principio di effettività imporre ai soggetti lesi di esperire sistematicamente tutti i mezzi di tutela giudiziaria a loro disposizione anche qualora ciò dovesse causare difficoltà eccessive oppure ciò non si potesse ragionevolmente pretendere da loro⁸⁹.

Così, la Corte ha già dichiarato che l'esercizio dei diritti che le norme del diritto dell'Unione direttamente applicabili conferiscono ai singoli sarebbe reso impossibile o eccessivamente difficoltoso se le loro domande di risarcimento, fondate sulla violazione di tale diritto, dovessero essere respinte o ridotte per il solo motivo che i singoli non abbiano richiesto di beneficiare del diritto ad essi conferito dalle norme del diritto dell'Unione, e negato loro dalla legge nazionale, impugnando il rifiuto dello Stato membro con i mezzi di ricorso previsti a tale scopo, richiamandosi al primato e all'effetto diretto delle disposizioni del diritto dell'Unione⁹⁰.

Proprio con riferimento alla giurisprudenza elaborata nella sentenza *Metallgesellschaft*, la Corte ritiene che sarebbe contrario al principio di effettività imporre ai soggetti lesi di esperire sistematicamente tutti i mezzi di tutela giudiziaria a loro disposizione, in quanto ciò causerebbe difficoltà eccessive o non si potrebbe ragionevolmente esigere. In particolare, si è chiarito che il diritto comunitario osta a che un giudice nazionale respinga o riduca una

⁸⁷ Sentenza *Brasserie du pêcheur e Factortame*, cit., punto 84; sentenza *Danske Slagterier* cit., punto 60

⁸⁸ sentenze 19 maggio 1992, cause riunite C-104/89 e C-37/90, *Mulder e a./Consiglio e Commissione*, Racc. pag. I-3061, punto 33; *Brasserie du pêcheur e Factortame*, cit., punto 85, nonché *Danske Slagterier*, cit., punto 61

⁸⁹ (sentenza *Danske Slagterier*, cit., punto 62).

⁹⁰ v. sentenze 8 marzo 2001, cause riunite C-397/98 e C-410/98, *Metallgesellschaft e a.*, Racc. pag. I-1727, punto 106, nonché *Danske Slagterier*, cit., punto 63)

domanda ad esso proposta da una società controllata con sede nello Stato interessato e dalla relativa capogruppo, avente sede altrove, al fine di ottenere il rimborso o il risarcimento delle perdite finanziarie subite dalle medesime a causa del versamento anticipato dell'imposta sulle società, eseguito dalla controllata, per il solo motivo che esse non hanno chiesto all'amministrazione fiscale di beneficiare del regime d'imposta che avrebbe comportato l'esenzione della controllata dall'obbligo del versamento anticipato, e non hanno quindi utilizzato i mezzi di ricorso a loro disposizione per contestare le decisioni di rigetto dell'amministrazione fiscale, richiamandosi alla preminenza e all'applicabilità immediata delle disposizioni del diritto comunitario, nel caso in cui la normativa nazionale comunque negava il beneficio del detto regime d'imposizione alle controllate stabilite nello Stato interessato e alle loro società capogruppo stabilite altrove.

Di conseguenza, il diritto comunitario non osta all'applicazione di una disciplina nazionale, la quale prevede che un soggetto non possa ottenere il risarcimento del danno di cui abbia omesso, dolosamente o colposamente, di evitare la realizzazione mediante le azioni in giudizio a sua disposizione, a condizione che si possa ragionevolmente esigere dal soggetto leso l'utilizzo dell'azione in parola, il che spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce del complesso delle circostanze della causa principale.

Riflessi della causalità emergono pure in sede di quantificazione del danno. Nella sentenza *Brasserie du pêcheur* e *Factortame* la Corte ha affermato che il risarcimento deve essere adeguato al danno subito, così da garantire una tutela effettiva dei diritti dei soggetti lesi. Il risarcimento adeguato del danno può assumere la forma di un'applicazione retroattiva, regolare e completa delle misure di attuazione della direttiva, a condizione che la direttiva stessa sia stata regolarmente recepita, a meno che i beneficiari non dimostrino l'esistenza di danni ulteriori da essi eventualmente subiti per non aver potuto fruire a suo tempo dei vantaggi pecuniari garantiti dalla direttiva e che dovrebbero quindi essere risarciti.

Sul punto va aggiunto che la Corte pretende un risarcimento effettivo e non ammette alcuna condizione aggiuntiva proveniente dal diritto dello Stato

membro che possa rendere eccessivamente difficile ottenere il risarcimento dei danni o altre modalità risarcitorie. La Corte ha quindi escluso l'applicazione di qualsiasi condizione collegata a una condotta imputabile per dolo o colpa, che vada oltre la violazione sufficientemente qualificata del diritto comunitario, e ha ritenuto ad esempio che non può essere ammessa l'esclusione totale del lucro cessante dal danno risarcibile.

Da ultimo, in una sentenza più recente, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione se uno Stato membro fosse obbligato, nei confronti di un cittadino, a proporre un ricorso di annullamento o per carenza e, di conseguenza, se potesse sorgere una sua responsabilità in caso di mancata proposizione. La Corte ha stabilito che "il diritto comunitario non impone a uno Stato membro alcun obbligo di proporre un ricorso di annullamento, in conformità all'art. 230 CE, o per carenza, in conformità all'art. 232 CE, a vantaggio di uno dei suoi cittadini. Tuttavia, esso non osta (...) a che un diritto nazionale contempli un simile obbligo".

8. Il problema dell'elemento soggettivo.

Oggetto di perdurante discussione è poi la natura oggettiva o soggettiva della responsabilità⁹¹.

Con una recente decisione⁹² la Corte di Lussemburgo ha considerato la disciplina portoghese della condanna al risarcimento del danno subito per la violazione di prescrizioni comunitarie in materia di lavori pubblici e ne ha accertato la contrarietà al diritto dell'Unione: la legge portoghese subordinava la condanna risarcitoria alla prova, da parte dei danneggiati, del carattere doloso o colposo degli atti illegittimi compiuti dallo Stato o dalla Pubblica Amministrazione.

La caratterizzazione soggettiva dell'illecito sfugge, nella prospettiva della Corte di giustizia, all'ambito di operatività dell'autonomia procedurale e riguarda la definizione di struttura dell'illecito: in questo senso essa è formalmente

⁹¹ PEREZ GONZALEZ, *Responsabilidad del Estado*, cit., 196: "Dado que la culpa es un requisito exigido por algunos Derechos nacionales para que sea posible comprometer la responsabilidad de los poderes publicos, tiene logica preguntarse sobre la posibilidad de condicionar el derecho de indemnizacion a la existencia de culpa por parte del organo nacional que comete la infraccion del Derecho comunitario que genera el perjuicio".

⁹² CGE, 14 ottobre 2004, C-275/03, *Commissione c. Portogallo*, non pubblicata.

qualificata come oggettiva.

Secondo il Consiglio di Stato italiano⁹³ occorre distinguere però tra onere della prova dell'elemento soggettivo della responsabilità, da ritenersi confliggente con le indicazioni della Corte, e accertamento della responsabilità prescindente dalla colpa: strada, quest'ultima, che neanche sembra da percorrere. La questione tuttavia non ha ancora trovato una soluzione definitiva: la Corte, nuovamente richiamata sulla questione in sede di rinvio pregiudiziale, precisa infatti che il diritto comunitario osta ad una normativa nazionale che subordini il diritto al risarcimento del danno per violazione della disciplina sugli appalti al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui il diritto interno preveda una presunzione di colpevolezza in capo all'autorità appaltante, anche a prescindere dall'impossibilità per quest'ultima di allegare utilmente la mancanza di una propria capacità individuale e, dunque, un difetto d'imputabilità soggettiva della violazione lamentata. Un autore che si è approfonditamente occupato del tema suggerisce ed argomenta una tesi condivisibilmente sintetica dell'approccio prettamente soggettivo e di quello oggettivo, sulla base del modello francese di responsabilità dello Stato⁹⁴. In particolare, si segnala da questo punto di vista che le discipline nazionali sulla responsabilità dei pubblici poteri si differenziano fra l'altro in ragione di una diversa graduazione della rilevanza della colpa: così, ad esempio, l'ordinamento inglese, basato su un modello antropomorfo, richiede comunque una declinazione della responsabilità in termini di colpa di un singolo agente; quello spagnolo, all'estremo opposto, è imperniato su una nozione prettamente oggettiva di responsabilità e la colpa rileva quale criterio di esclusione della rilevanza delle cause oggettive di esclusione o quale parametro di selezione delle conseguenze risarcibili; in mezzo, per così dire, si situa il modello francese di responsabilità, che ricostruisce il profilo soggettivo della responsabilità in termini di colpa d'apparato (*faute de service*). Orbene, la violazione del diritto europeo sarebbe sufficientemente qualificata *alias* grave e

⁹³ Cons. Stato, sez. VI, 23 giugno 2006 n. 3981; in senso conforme Id., 9 novembre 2006 n. 6607; 9 marzo 2007 n. 1114.

⁹⁴ LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Torino, 2005, 301 s.. L'Autore, richiamando Harlow, ricorda che termini familiari come quello di colpa, con un significato apparentemente simile o identico nella traduzione

manifesta, in corrispondenza dei criteri definitivi di tale ultima forma di colpa.

9. La responsabilità per esercizio del potere legislativo.

Sul piano della responsabilità del potere legislativo il diritto comunitario costituisce il punto più avanzato dell'idea di un diritto comune europeo della responsabilità dei poteri pubblici⁹⁵.

In dottrina e giurisprudenza ci si è domandati se, sotto il profilo dell'illecito euro-unitario per esercizio del potere legislativo, la questione non vada più esattamente reimpostata come responsabilità dello Stato legislatore in senso più ampio, ricomprendo fra le causali non solo la violazione del diritto dell'Unione ma anche la violazione delle Costituzioni nazionali⁹⁶.

Occorre partire dal dato che, da *Brasserie* in poi si è diffusa l'opinione che lo Stato legislatore può essere convenuto in giudizio per rispondere del danno cagionato al singolo a causa di un'aperta violazione del diritto dell'Unione. La contrapposta tesi, più tradizionale e volta a salvaguardare la libertà nei fini del legislatore, è rimasta minoritaria. Come suggerito da attenta dottrina, "in buona sostanza, attraverso il diritto comunitario, riesce possibile al singolo richiamare la responsabilità dello Stato per la sua attività *iure imperii* (e ciò in ordine alla inottemperanza agli obblighi comunitari), il che – si aggiunge ma il punto può essere oggetto di verifica - non sembra possibile ottenere nell'ambito del proprio ordinamento nazionale"⁹⁷. La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario potrebbe infatti costituire una breccia nel muro della tradizionale convinzione che la funzione legislativa, in quanto espressione del potere politico ed in quanto attribuita al Parlamento investito dalla sovranità popolare, sia sottratta ad un sindacato giurisdizionale in termini di responsabilità per danni⁹⁸. Occorre in particolare chiedersi: la *cross-fertilisation*

⁹⁵ PANZERA, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, in *Pol. Dir.*, 2007, 3, 352; PIRAINO, *L'inadempimento dello Stato*, cit.; ROPPO, *Appunti in tema di illecito "comunitario" e illecito "costituzionale" del legislatore*, in *Danno Resp.*, 1998, 961 s.; UGOLINI, *L'abuso del potere legislativo e la responsabilità aquiliana dello Stato*, in *Contr. impresa*; BAIRATI, *La responsabilità dello Stato-legislatore*, cit.

⁹⁶ BIFULCO, *Gli aspetti <<convenzionali>> della responsabilità dello Stato per atti legislativi*, in *Giornale dir. amm.*, 2007, 7, 76 s..

⁹⁷ DI MAJO, *La tutela civile* cit., 34.

⁹⁸ Cfr. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999; BUONAURO, *Il risarcimento del danno da atto legislativo*, Milano, 2004; DE ROSE, *La responsabilità del legislatore nell'approccio comunitario*, in *Il Consiglio di Stato*, 2000, 1999; SENKOVIC, *L'evolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous influence du droit communautaire*, Bruxelles, 2000.

dei modelli nazionali e comunitario nel campo della responsabilità statale, il rinvio incrociato di soluzioni, modelli e paradigmi della responsabilità statale, sta producendo un'inaspettata modifica nella tradizionale concezione dell'illecito costituzionale del legislatore? Parte della dottrina avanza questo dubbio già da alcuni anni. Si tratta di opinioni autorevoli ma ancora non largamente affermate.

Di primo acchitto, v'è allora da interrogarsi sulla ragionevolezza della discriminazione fra la sottoposizione a responsabilità civile dello Stato legislatore per violazione di diritto (primario o derivato) dell'Unione Europea, alla stregua delle note condizioni operative e in particolare del carattere preciso e incondizionato della previsione, e immunità dello stesso Stato legislatore per violazione della Costituzione.

La gerarchia delle fonti, dato regolativo di perdurante importanza pur a fronte del tramonto della sovranità statale e della circolarità dei modelli, colloca infatti la Costituzione in rapporto comunque non sotto-ordinato rispetto al diritto dell'Unione Europea. Può parlarsi di rapporto complesso, nel senso che, da un lato, si afferma la superiorità dei principi supremi della Costituzione sul diritto europeo e che, dall'altro, sussiste un'equiordinazione fra le altre disposizioni costituzionali e le disposizioni dei Trattati.

L'attribuzione di diritti ai singoli cittadini da parte della Costituzione è una teoria che è servita a realizzare la piena ed effettiva attuazione delle libertà fondamentali sancite nella Carta. Gli interpreti hanno cioè aggiunto alle primigenie funzioni della norma costituzionale, cioè l'attribuzione di diritti e doveri ai cittadini, la regolamentazione delle attribuzioni e dei limiti dei Poteri dello Stato, la disciplina del controllo del rispetto delle prime due, un'altra funzione non meno rilevante: il conferimento di posizioni giuridiche soggettive in capo ai singoli, che possono farle valere ora nei loro rapporti intersoggettivi ora nei confronti del Potere.

Si consideri il recente esempio dell'annullamento delle disposizioni concernenti l'obbligatorietà nel processo civile della mediazione introdotta con d.lgs. 28/2010. Nel presupposto che per ampi e consistenti settori del contenzioso civile dovesse effettuarsi il ricorso alla procedura di mediazione a

pena d'improcedibilità della domanda, sono stati promossi e istituiti numerosi centri di mediazione professionale, con investimenti da parte di soggetti pubblici e privati; numerosi aspiranti all'esercizio della professione di mediatore hanno poi sostenuto corsi di formazione a pagamento per il conseguimento della qualifica.

Successivamente, la Corte costituzionale ha annullato il d.lgs. 28/2010 nella parte in cui prevede l'obbligatorietà della mediazione, derivandone logicamente un fortissimo disincentivo del ricorso alle procedure previste, le quali in siffatto contesto normativo avrebbero mantenuto una modalità di accesso meramente facoltativa. In conclusione della vicenda, i costi sopportati in funzione della ragionevole prevedibilità del successo della mediazione obbligatoria possono essere, così stando le cose, considerati una perdita non remunerabile dal mero intervento professionale nella mediazione facoltativa: essendo quest'ultima destinata, come i fatti dimostrano ed alla stregua di tutti i metodi di conciliazione non obbligatori, ad una rilevanza pratica molto limitata.

Nella fattispecie, l'intervenuta censura d'incostituzionalità non ha riguardato problematiche questione interpretative, ad esempio in tema di bilanciamento fra valori costituzionali, correlate all'adozione di un sia pur minimo margine di discrezionalità: la Corte costituzionale ha invece annullato le disposizioni relative all'obbligatorietà per eccesso di delega e violazione dell'art. 77 Cost., dunque per una questione di difformità rispetto al modello di esercizio della competenza legislativa costituzionalmente corretto.

E' ammissibile, perciò, in siffatte condizioni parlare di un illecito costituzionale risarcibile? La questione è estremamente delicata. Non si tratta, infatti, nel caso nazionale di verificare vie di tutela a fronte di un ordinamento potenzialmente ineffettivo ma di porre rimedio ad omissioni del rispetto dei limiti del processo di formazione delle leggi per come previsto in Costituzione⁹⁹. Sembra però che, nel rispetto dei confini e delle caratteristiche delle funzioni dello Stato-legislatore e del ruolo di un cittadino che è pur sempre sottoposto alla sovranità statale (pur in via di ridefinizione) ammettere un principio di

⁹⁹ MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, 923 s.

elementare buona fede e correttezza, estrinsecantesi nella necessità di evitare ogni seria frustrazione del giustificato affidamento che i cittadini ripongano nella correttezza e legittimità costituzionale del processo di formazione delle leggi. Beninteso: alla stregua di quella colpa d'apparato, *alias faute de service*, *alias* violazione grave e manifesta, in forza della quale rilevano il carattere precisato e incondizionato della norma costituzionale, la discrezionalità del legislatore nel processo di formazione della legge¹⁰⁰, l'errore di diritto (si pensi al caso di giurisprudenza costituzionale contrastante), il concorso del fatto colposo del cittadino¹⁰¹.

In senso analogo altri ordinamenti ammettono forme embrionali (è il caso della Francia) o più avanzate (è il caso della Spagna) di responsabilità del legislatore¹⁰².

De iure condendo, ammettendosi la responsabilità risarcitoria dello Stato-legislatore, sembra necessario garantire allo Stato la rilevanza della condotta successiva all'inadempimento che limiti le conseguenze risarcitorie. Lo Stato membro, per motivate ragioni d'interesse costituzionale, compresa la tutela della propria autonomia finanziaria e contabile, potrebbe cioè garantire ai soggetti danneggiati dalla violazione del diritto comunitario un indennizzo forfettariamente commisurato: ad esempio, ad una quota non inferiore, alla metà dell'importo del risarcimento.

Il calcolo dell'importo potrebbe avvenire in contraddittorio con il danneggiato e sulla base di quota che non tenga conto della decorrenza degli interessi ove si tratti di debito di valuta. Una soluzione del genere sarebbe ispirata dalle perduranti ragioni di difesa dell'immunità dello Stato, ad esempio la necessità di evitare inaspettati squilibri di bilancio.

¹⁰⁰ Cfr. PLAIA, *I rimedi*, cit., 26, per alcune puntuali riflessioni in tema, segnatamente in rapporto al sindacato della Corte di Giustizia sull'adeguatezza della sanzione civile comminata dalla legislazione nazionale nell'adempimento di obblighi comunitari.

¹⁰¹ Cfr. TESAURO, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, Napoli, 2006, 27: "Quando il legislatore sia tenuto, nell'esercizio dei suoi compiti istituzionali, all'osservanza di determinati vincoli imposti da norme e principi superiori (norme costituzionali o comunitarie), osservanza che pure è sottoposta a controllo, sia di costituzionalità che di compatibilità comunitaria, non v'è ragione alcuna di teoria giuridica generale o di norma scritta o non scritta per negare che il danno eventualmente prodotto dalla violazione di quei vincoli debba essere risarcito. D'altra parte, se si ammette che l'esercizio legittimo della funzione legislativa possa dar luogo ad indennizzo (si pensi ad una legge di nazionalizzazione o di esproprio), francamente non si capisce dove risieda l'ostacolo giuridico a che un esercizio illegittimo della funzione legislativa dia luogo a risarcimento del danno".

¹⁰² BAIRATI, *La responsabilità dello Stato-legislatore*, cit., 18 s..

La questione ha diretta rilevanza per l'argomento della responsabilità dello Stato perché comporterebbe una ridefinizione del fondamento stesso dell'illecito. Si potrebbe infatti tentare di spostarne l'ancoraggio dalle "secche interpretative" del principio di effettività dell'ordinamento comunitario per ricollocarlo nella tradizione giuridica della responsabilità dei pubblici poteri, e cioè come conseguenza di un conflitto d'interessi fra singolo soggetto e pubblico potere.

Nello scandagliare le ipotesi di violazione del diritto unitario dovute al legislativo, un cenno merita il problema dell'ammissione *tout court* della responsabilità nel caso di carente (parziale o omessa) trasposizione di direttive non *self-executing*. Ammissione risalente al *leading-case Francovich*, nella quale si riconobbe la tutela risarcitoria per equivalente in un caso di direttiva sprovvista di effetto diretto e tuttavia messa teoricamente in crisi dal successivo *dictum* di *Brasserie*, nel quale si è qualificata la responsabilità come corollario dell'effetto diretto¹⁰³.

E' noto che l'effetto diretto quale predicato delle direttive si esplica, secondo la prassi interpretativa consolidata, al livello verticale, nei confronti del singolo Stato membro. Viceversa, si negano effetti orizzontali, ossia nei rapporti interprivati, salvo deroghe e specificazioni progressivamente affermatesi. Ora la direttiva impone obblighi a carico di ciascuno Stato membro cui è indirizzata, conseguendone non si possa ragionevolmente riporre un affidamento su di un'efficacia interindividuale. Nel tempo però un numero crescente di decisioni della Corte ha individuato eccezioni e deroghe all'inefficacia orizzontale e specificato i termini di applicazione della regola. Sotto l'aspetto della responsabilità del legislativo, secondo quanto indicato in tema di violazione grave e manifesta e di nesso di causalità, resistendo la dicotomia teorica e normativa fra mezzi di trasposizione e risultato sostanziale della direttiva, si ritiene che possano essere immaginati spazi interpretativi per restituire allo Stato membro la legittima possibilità di una trasposizione parziale, o di un rifiuto parziale di trasposizione, e che ciò possa eventualmente determinare un'esenzione da responsabilità dello Stato, in presenza ad esempio di una

¹⁰³ Sul tema degli effetti delle direttive cfr. l'approfondita indagine di CRAIG, *The legal effect of Directives: policy, rules and exceptions*, in *European law review*, 2009, 34, 349 s.

causa di giustificazione di espressione costituzionale.

Il diritto come discorso, come dialogo, esige cioè che quello spazio superstito di sovranità dello Stato, risolvendosi nell'adozione di scelte normative di recepimento, non sia totalmente sacrificato in nome di un'integrazione europea priva di sufficiente fondamento democratico: il discorso diventerebbe più semplice, e il dialogo meno confuso, ove viceversa, con un maggiore livello di integrazione politica nell'Unione, prevalesse l'uso di atti normativi direttamente applicabili e integralmente efficaci e cessasse l'utilizzo di direttive, le quali certamente incorporano obiettivi di armonizzazione ma in pari tempo accrescono le possibilità di scostamenti normativi e interpretativi tra Europa e Stati membri.

10. La responsabilità per esercizio del potere amministrativo.

In relazione alle infrazioni che possano essere commesse da parte del potere esecutivo e dalla Pubblica Amministrazione si richiedono le stesse condizioni di responsabilità già illustrate in generale¹⁰⁴. Provvedimenti amministrativi individuali e concreti, e non solo dunque norme generali e astratte, possono ben determinare una violazione del diritto dell'Unione: ne consegue la necessità di procedere anzitutto all'interpretazione conforme o alla disapplicazione ed, in presenza di un danno ed in subordine, è legittimo ammettere l'azione risarcitoria.

In *Hedley Lomas*¹⁰⁵, in particolare, la Corte afferma che l'indifferenza dell'organo che ha causato il danno si estende anche all'attività della pubblica amministrazione. L'affermazione offre lo spunto per riflettere sui casi degli Stati membri a struttura regionale o federale: per tali ipotesi, infatti, si può discutere se siano responsabili gli Stati centrali o le strutture periferiche, ove tenute all'adempimento degli obblighi comunitari. La tesi è stata oggetto di apprezzamento da parte della Corte di giustizia, anche se legittimato passivo rimane pur sempre lo Stato: soltanto sul piano nazionale, potrà essere tenuto al risarcimento l'ente cui sia effettivamente imputabile la violazione del diritto

¹⁰⁴ ALPA, *Problemi attuali in tema di responsabilità della pubblica amministrazione: lesione di interessi legittimi ed illecito euro-unitario* in *Contr. Impresa Europa*, 1999, 83 s.

¹⁰⁵ CGE, 23 maggio 1996, C-5/94, in Racc. I-2553.

dell'Unione.

Nella sentenza *Konle*¹⁰⁶, la Corte ha poi stabilito che spetta a ciascuno degli Stati membri accertarsi che i singoli ottengano un risarcimento del danno loro causato dall'inosservanza del diritto comunitario, a prescindere dalla pubblica autorità che ha commesso tale violazione e a prescindere da quella cui, in linea di principio, incombe, ai sensi della legge dello Stato membro interessato, l'onere di tale risarcimento. Gli Stati membri non possono sottrarsi a tale responsabilità invocando la propria organizzazione interna. Tuttavia, per quanto riguarda gli Stati membri a struttura federale, purché le modalità procedurali in essere nell'ordinamento giuridico interno consentano una tutela effettiva dei diritti derivanti ai singoli dall'ordinamento comunitario, al risarcimento dei danni causati ai singoli da provvedimenti interni adottati in violazione del diritto comunitario non deve necessariamente provvedere lo Stato federale perché gli obblighi comunitari dello Stato membro siano adempiuti. Nella sentenza *Haim*¹⁰⁷ tale principio è stato esteso agli Stati membri che non hanno una struttura federale ma nei quali talune funzioni amministrative sono assunte in maniera decentrata da enti locali dotati di una certa autonomia o da qualsiasi altro ente di diritto pubblico giuridicamente diverso dallo Stato. A tale proposito la Corte ha dichiarato che “il diritto comunitario non osta alla sussistenza della responsabilità di un ente di diritto pubblico di risarcire i danni provocati ai singoli da provvedimenti da esso adottati in violazione del diritto comunitario accanto a quella dello Stato membro stesso”.

Posto ciò, la responsabilità dello Stato per esercizio del potere amministrativo soggiace a taluni specifici atti normativi di provenienza comunitaria, fra cui spicca la materia degli appalti. Ad esempio, gli artt. 2, n.2, lett. c. della direttiva 89/665 e 2, n.1, lett. d della direttiva 92/13 attribuiscono in capo agli organi di controllo il potere di accordare un ristoro alle persone lese dall'assunzione di decisioni illegittime da parte degli enti aggiudicatori: la giurisprudenza della Corte ha perciò in diverse occasioni fornito utili indicazioni su una serie di

¹⁰⁶ C-302/97.

¹⁰⁷ C-424/97.

aspetti¹⁰⁸ ed è emerso come uno degli aspetti cruciali quello della libertà di scelta dell'azione giurisdizionale più opportuna: l'art. 2, n.6, della direttiva 92/13 stabilisce infatti che gli effetti sul contratto sono determinati dal diritto nazionale e che, dall'altro lato, la tutela per il soggetto leso dalla violazione della disciplina dell'evidenza pubblica si limiti alla concessione di un risarcimento, circoscrivendo con ciò la possibilità di una tutela restitutoria in forma specifica con effetto retroattivo. Su tale disciplina è poi intervenuta la direttiva 2007/77, la quale ha introdotto nuovi meccanismi, quali la privazione degli effetti del contratto e le sanzioni pecuniarie, nell'ottica di un maggiore perseguimento dei principi di trasparenza e non discriminazione. Sotto questa specola, può quindi osservarsi che l'illegittimità dell'azione amministrativa per contrarietà al diritto europeo, oltre a determinare un danno risarcibile, può eventualmente tradursi anche nell'eliminazione degli effetti del contratto: con buona pace del tradizionale principio della *sanctity of contract*, che non sembra altro che l'ultima "vittima" del principio di effettività¹⁰⁹.

11. La responsabilità per esercizio del potere giudiziario.

Pur finora caratterizzata da una ridotta applicazione giurisprudenziale, la responsabilità da interpretazione giudiziale contraria al diritto comunitario è assai dibattuta in dottrina¹¹⁰. La sentenza *Köbler*¹¹¹ ha chiarito per prima che anche il potere giudiziario può essere chiamato a risarcire i danni da violazione del diritto comunitario. Si tratta probabilmente di una delle conseguenze più controverse della teoria in esame.

¹⁰⁸ Ad esempio, sui soggetti legittimati a presentare ricorso (CGE, 23 gennaio 2003, C-57/01, *Makedoniko Metro*, in *Racc.* I-1091); sugli atti che integrano la nozione di decisione di un'amministrazione aggiudicatrice (CGE, 28 ottobre 1999, C-81/98, *Alcatel Austria* in *Racc.* I-7671).

¹⁰⁹ Cfr. PLAIA, MAZZAMUTO, *I rimedi nel diritto privato europeo*, cit., 7: "A volte la tecnica dell'aggiramento, che sarebbe vano quindi ascrivere alla c.d. *soft law* – es. Principi Unidroit o PDEC –, finisce persino con l'annichilire la fattispecie, se è vero che la Corte europea di giustizia nel noto caso *Heininger* (Ceg 13-12-2002 C-481/99) ha reputato il consueto auspicio di effettività del rimedio da parte del legislatore comunitario non soddisfatto dalla soluzione accolta dai legislatori nazionali ossia il mero allungamento del termine di decadenza in caso di mancata o inesatta informazione sul *ius poenitendi* da parte del professionista. L'antidoto suggerito dalla Corte consiste nella recedibilità *sine die* da parte del consumatore. È un *vulnus* non da poco al principio di vincolatività del contratto".

¹¹⁰ SCODITTI, "Francovich " presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante dal provvedimento giurisdizionale, in *Foro it.*, 2004, IV, 4; ALPA, *La responsabilità dello Stato per "atti giudiziari". A proposito del caso Kobler c. Repubblica d'Austria*, in *NGCC*, 2005, 1, 1 s.; ROPPO, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una case story in attesa di finale*, in *Riv. Dir. priv.*, 2006, 347 s.

¹¹¹ CGE, 30 settembre 2003, C-224/01, *Racc.* 2003 I- 10239, in *Danno Resp.*, 2004, 1 23 s., con nota di CONTI, *Giudici supremi e responsabilità per violazione del diritto comunitario*.

Nella domanda pregiudiziale avanzata, un professore universitario austriaco aveva esperito dinanzi alle giurisdizioni nazionali alcune azioni volte a dimostrare che il diritto dell'Unione, segnatamente la libertà di circolazione dei lavoratori, impedisse l'applicazione di un trattamento economico più favorevole ai professori universitari che avessero svolto la propria esperienza di docenza prevalentemente in Austria, e meno favorevole a quanti, come *Köbler*, avessero esperienze di insegnamento in altri Paesi dell'Unione. La Corte di ultima istanza rigettava il ricorso, obliterando totalmente il dovuto rispetto della libertà di circolazione; inoltre, non sollevava alcun quesito pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Successivamente, il professore adì quindi il Tribunale di Vienna per ottenere i danni, ed il Tribunale sottopose alla Corte l'esigenza di un pronunciamento interpretativo; la Corte è così pervenuta ad affermare la responsabilità specifica degli organi giurisdizionali supremi nella tutela dei diritti dei singoli ed ha osservato che nulla autorizza a ritenere in generale che una violazione del diritto comunitario non possa essere commessa anche da un organo giurisdizionale, in specie di ultima istanza. In tal senso, l'omesso rinvio pregiudiziale alla Corte costituisce tipico caso di responsabilità dello Stato ove, negandosi al soggetto la ragionevole e chiara possibilità di un pronunciamento favorevole, sia stata in concreto inibita la tutela di matrice europea. Nella considerazione delle specificità della funzione giurisdizionale, la Corte precisa che costituisce violazione manifesta quella riguardante una norma dal contenuto chiaro e preciso; e che vanno invece scriminate le violazioni dovute ad errore scusabile o adottate in base alla posizione di un'istituzione comunitaria¹¹². In altra più recente occasione, la Corte di Lussemburgo è stata chiamata ad esaminare la conformità della legge italiana sulla responsabilità civile dei magistrati ai principi enucleati in *Köbler*. La Corte ha ritenuto che violi

¹¹² LIPARI, *Le difficoltà del dialogo*, in PORTALURI (a cura di), *L'Europa del diritto*, cit., 101, evidenzia che aspetto problematico è che il mancato rinvio alla Corte di giustizia può costituire, in sé considerato, violazione dell'art. 6 della CEDU, sulla tutela giurisdizionale effettiva; cfr. anche GALLETTA, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE e obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale: una rilettura nell'ottica del rapporto di cooperazione (leale) fra giudici*, *ibidem*, 138, per una soluzione estremamente ragionevole: "lungi dal dover operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ad ogni pie' sospinto (...), i Giudici nazionali – per risolvere i potenziali contrasti fra norme nazionali e norme del diritto UE – debbono fare più sovente (e più consapevolmente!) ricorso allo strumento dell'interpretazione conforme e lo debbono fare, perciò, ogni qual volta questo strumento si manifesti idoneo allo scopo di garantire l'effetto utile delle norme del diritto UE".

il diritto comunitario la disposizione che limita la responsabilità dei magistrati ai casi di dolo o colpa grave, intesa nella giurisprudenza della Cassazione italiana come interpretazione manifestamente aberrante di norme.

La responsabilità del giudiziario si è perciò fortemente intrecciata con le vicende italiane della responsabilità civile dei magistrati, salutandosi le sentenze in parola quasi come “momento della verità” della questione nazionale della responsabilità civile dei magistrati.

La maggior parte della dottrina propende però per la necessità di distinguere analiticamente fra responsabilità dei magistrati, disciplinata dalla legge 117/1988, e responsabilità dello Stato derivante dall'esercizio del potere giurisdizionale. In particolare, la legge 117 prevede che il magistrato che nell'esercizio della sua funzione si renda autore di gravi inadempimenti debba risarcire il danno cagionato, a condizione di averli commessi con dolo o colpa grave, limitazione soggettiva che non sussisterebbe per la responsabilità dello Stato, caratterizzata dalla natura oggettiva.

La necessaria distinzione fra responsabilità del singolo magistrato e responsabilità dello Stato, stando alla Corte di giustizia, farebbe venir meno ogni preoccupazione sull'indipendenza della magistratura. Ne deriva l'impossibilità di invocare eventuali disposizioni costituzionali (come quelle previste nel nostro ordinamento agli artt. 101 e seguenti, concernenti l'indipendenza e l'autonomia della magistratura)¹¹³.

Dal tema in questione emerge che la necessità sempre puramente fattuale di una protezione giurisdizionale effettiva ha spinto ad affermare che la responsabilità dello Stato possa sorgere anche soltanto per il solo motivo che una violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado risulti dall'interpretazione delle norme di diritto effettuata da tale organo giurisdizionale. L'affermazione, di non poco momento, perché ricollega la responsabilità anche ad un'attività potenzialmente non vincolata quale l'interpretazione, induce allora a riflettere sulle diverse ottiche di giudizio di esercizio dell'attività interpretativa sottese alla l. 117/88 ed alle affermazioni della Corte. La prima esonera il giudice da

¹¹³ FERRARO, *La responsabilità risarcitoria*, cit., 62.

responsabilità civile per l'eventualità di questioni interpretative difficili, in cui dati obiettivi (contrasti giurisprudenziali, conflitti fra norme) determinano un certo grado di complessità di una questione e l'errore è logicamente ammissibile (non si deve trattare in altri termini di un'interpretazione eterodossa o aberrante). In questo modo, si salvaguarda il giudice dal rischio di condanna in casi di portata non ordinaria, secondo un meccanismo che il codice civile italiano propone sotto la specola dell'elemento soggettivo all'art. 2236, comma II, secondo cui il professionista intellettuale è responsabile nei confronti del cliente, per i casi di speciale difficoltà, soltanto per dolo o colpa grave. Posto ciò, altra e diversa pare l'ottica in cui la Corte si pone quando si riferisce ad attività interpretativa delle Corti di ultima istanza come possibile fonte di responsabilità: qui si deve infatti trattare dell'adozione di un'opzione ermeneutica garantita dal diritto interno ma manifestamente contraria a puntuali indicazioni del diritto europeo. Sicché non sembra sostanzialmente restringersi l'ambito soggettivo della responsabilità, cambia invece il parametro dell'interpretazione, che dovrà tenere conto della complessità anche tecnica degli atti normativi comunitari e dovrà tener fede alla giurisprudenza europea consolidata e divenuta *acquis communautaire*.

In *Tragbetti*, la Corte ha però rilevato che la l. 117/1988 è contraria al diritto comunitario, dal momento che circoscrive i casi di responsabilità del magistrato dal punto di vista soggettivo, perché richiede la sussistenza del dolo o della colpa grave; e dal punto di vista oggettivo, escludendola nei casi di valutazione di prove o fatti e nei casi di errore nell'interpretazione della legge. La vicenda ha avuto un seguito ed occorre riferire anche della causa in cui la stessa questione è stata proposta alla Corte, non già in sede di interpretazione pregiudiziale ma sulla base di un ricorso per infrazione della Commissione europea. La Corte di giustizia con la sentenza 24.11.2011, causa C-379/10, *Commissione/Repubblica italiana* avente perciò proprio ad oggetto la legge italiana n. 117/1988 ha confermato che la disciplina italiana, precisamente l'art. 2 della citata legge n. 117, per la sua limitata portata, non risponde alle esigenze del diritto comunitario per un adeguato risarcimento dei danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione europea, imputabile

ad un organo giurisdizionale di ultima istanza. Va premesso che, successivamente alla sentenza *Tragbetti*, la Commissione europea aveva invitato lo Stato italiano a modificare la legge 117/88 in modo da ottenerne la conformità all'orientamento pregiudiziale espresso dalla Corte di Giustizia. Stante la mancata ottemperanza alla messa in mora della Commissione, la Corte non ha potuto che acclarare l'inadempimento, non senza notare che la limitazione della responsabilità del magistrato italiano al caso di colpa grave, ossia stando alla giurisprudenza della Corte di Cassazione, in termini coincidenti con l'interpretazione manifestamente aberrante, rappresenta nozione più estesa e, dunque, non conforme rispetto alla violazione manifesta del diritto vigente, richiesta per considerare sorta la responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione.

Il dialogo fra Corti sembra peraltro appena all'inizio. Con l'ordinanza n. 1244/2012 della VI Sezione del Consiglio di Stato¹¹⁴ ha posto alla Corte di giustizia alcune questioni sulle condizioni ed i limiti dell'"obbligo" di rinvio pregiudiziale. Acclarato infatti che l'omesso rinvio pregiudiziale può dare luogo ad una manifesta violazione del diritto comunitario non sembra chiaro in che termini ciò avvenga (stando alle affermazioni tramandate da *Köbler* e da *Commissione c. Italia* di una illiceità *per se* del mancato rinvio); il Consiglio di Stato chiede perciò di specificare i limiti della questione. Altro dubbio interpretativo, sapientemente sollevato dal supremo giudice amministrativo, è se tale nozione, di illiceità *per se* dell'omesso rinvio pregiudiziale, possa essere di diversa portata ai fini dell'azione speciale nei confronti dello Stato ai sensi della legge 13 aprile 1988 n.117 per "risarcimento danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati" e dell'azione generale nei confronti dello Stato per violazione del diritto comunitario: tanto in ragione del *floodgates argument*, ossia allo scopo di evitare che i giudici nazionali, preoccupati di commettere una contravvenzione alle regole della responsabilità europea, aumentino ingiustificatamente il numero delle istanze di rinvio pregiudiziale, e con finalità puramente difensive da eventuali azioni di

¹¹⁴ LIPARI, *op. cit.*, 105: "sembra impossibile predicare la responsabilità dello Stato, derivante dalla violazione del diritto comunitario, per assenza del doveroso dialogo con la Corte di giustizia, se non si definiscono prima, con la massima chiarezza, le condizioni in cui sussiste un dovere <<sanzionato>> di rinvio pregiudiziale.

responsabilità.

La Corte risponde al primo quesito confermando che spetta unicamente al giudice del rinvio determinare e formulare le questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione del diritto dell'Unione che sono necessarie ai fini della risoluzione della controversia oggetto del procedimento principale¹¹⁵. I limiti dell'obbligo sono dunque segnati da un nesso di necessaria pregiudizialità rispetto al caso principale.

La Corte ha poi risposto, in maniera si direbbe alquanto scortese, al secondo quesito (anche un dialogo siffatto non sembra alieno da caratterizzazioni antropomorfiche!), affermando cioè la natura meramente ipotetica della questione nella vicenda *a qua*: una soluzione certamente dilatoria, considerato che un proficuo dialogo fra Corti potrebbe anche occasionalmente reggersi su *obiter dicta*, in ragione anche della notevole attesa di un chiarimento da parte della Corte nell'ordinamento italiano. In altri termini non è stato dato alcuno spazio di revisione dell'orientamento che ha accertato l'infrazione dello Stato italiano a causa della legge sulla responsabilità civile dei magistrati. Con ciò disattendendo anche quanto proposto dalla dottrina più critica nei confronti del duo *Traghetti del Mediterraneo* e *Commissione c. Italia*, che arriva a reputare come falso il relativo dibattito e si spinge a suggerire la proposizione di un giudizio di “revisione interpretativa” della seconda sentenza, onde acclarare l'assenza dei presupposti della condanna dell'Italia, affermando che altro è la responsabilità del singolo magistrato, altro è la responsabilità dello Stato per violazione del diritto europeo nell'esercizio del potere giudiziario¹¹⁶.

Sul punto, può dirsi che la differenza fra regime della responsabilità personale del funzionario agente e regime della responsabilità dell'apparato impersonale è ampiamente nota in Europa ed affonda le sue radici nella dicotomia tra *faute personnelle* e *faute de service* del diritto francese.

La distinzione suggerita da autorevole dottrina, certamente chiara sotto il profilo teorico e concettuale, potrebbe reclamare un vaglio in punto pratico. V'è infatti un'area di comportamenti dell'autorità giudiziaria nazionale, in ordine ai quali il singolo magistrato è sottratto al sindacato di responsabilità, in

¹¹⁵ CGE, sentenza 18 luglio 2013 in causa C-136/12, non ancora pubblicata.

¹¹⁶ CASTRONOVO, *La commedia degli errori*, cit., *passim*.

base alle condizioni di esonero previste dalla legge 117/1988 e, nondimeno, lo Stato è oggettivamente responsabile per violazione del diritto comunitario. E' per tale ragione che da una dottrina particolarmente attenta a questo specifico aspetto della responsabilità dello Stato si evidenzia la necessità di “operare uno *screening* della legislazione italiana in tema di azione di responsabilità civile per fatto dei magistrati per valutare [...] se il sistema di tutela così disciplinato non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario”¹¹⁷.

Il punto alimenta varie riflessioni. Va ricordato infatti che la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenza AG.COS.MET) ha chiarito che l'accertamento della responsabilità del singolo funzionario agente e l'accertamento della responsabilità dello Stato operano su piani distinti e separati. Proprio in quel caso fu scrutinato il rispetto del principio di effettività, in linea con le segnalazioni della dottrina.

In realtà nella vicenda della responsabilità civile dei magistrati italiani non sembra da revocare in dubbio che l'azione nei confronti dello Stato italiano sia rispettosa del principio di effettività. Semmai il problema è l'equivalenza (al contrario, per quanto si dirà): lo Stato italiano è infatti responsabile per violazione del diritto europeo commessa nell'esercizio del potere giudiziario in termini e condizioni estremamente più favorevoli che per violazione del diritto costituzionale interno. Ora la Corte di Giustizia, mossa da un interesse di rafforzamento dell'Unione, declina – ed altro non potrebbe fare - il principio di equivalenza solo dal versante dell'Unione: spetterebbe allora alla Corte costituzionale italiana, in assenza di un salvifico intervento del legislatore, costruire un principio di equivalenza dall'ottica interno. Per la buona ragione che è logico, una volta considerata l'equiordinazione fra Costituzione e Trattati, pretendere che il potere giudiziario debba comportarsi alla stregua dei medesimi criteri di accertamento della responsabilità, tanto quanto alla violazione del diritto del diritto europeo tanto quanto alla violazione del diritto costituzionale interno.

La responsabilità per esercizio del potere giudiziario continua peraltro ad

¹¹⁷ CONTI, *Giudici supremi* cit., 35.

essere tema in fase di sviluppo. In *Konstantinos Adeneler*¹¹⁸, ad esempio, si focalizza sull'obbligo imposto agli Stati di astenersi dall'adozione di norme che risultino compromettere gravemente la realizzazione del risultato previsto da una direttiva: ebbene, tale obbligo, si precisa vale anche per le sentenze degli organi giurisdizionali nazionali, a pena evidentemente di responsabilità. In questo modo, il Giudice nazionale sembra quasi essere sottoposto ormai ad un vero e proprio sindacato di legittimità da parte della Corte di Lussemburgo: infatti, dalla data in cui una direttiva è in vigore, i giudici degli Stati membri devono astenersi dall'interpretare il diritto interno in modo da compromettere gravemente, dopo la scadenza del termine di attuazione, la realizzazione del risultato perseguito, potendo un'interpretazione contraria allo scopo della direttiva ingenerare responsabilità.

¹¹⁸ C-212/04, in Racc., I-6057.

CAPITOLO SECONDO

Casi di applicazione nazionale della teoria della responsabilità dello Stato

1. L'incidenza giurisprudenziale della responsabilità da illecito euro-unitario negli Stati membri. 2.1 Giurisprudenza italiana. La vicenda dei medici specializzandi. 2.2. Il dibattito sulla qualificazione della figura. 2.3. La responsabilità contrattuale di natura indennitaria per fatto non antigiuridico. 2.4 La valorizzazione della "cross-fertilization" da parte del Consiglio di Stato. 2.5. Il risarcimento per le vittime di reati intenzionali violenti. 3.1 L'approccio spagnolo alla responsabilità europea. 3.2 La compatibilità europea del regime spagnolo di limitazione della responsabilità del legislatore. 3.3. L'omessa trasposizione di direttive nell'analisi del Tribunal Supremo. 3.4 Il contributo dell'Audiencia nacional. 4. Ammissioni di responsabilità per esercizio del potere giudiziario. L'omesso rinvio pregiudiziale 5. Una soluzione francese alla responsabilità del legislatore 6. Prescrizione e autonomia procedurale secondo l'Oberlandesgericht di Colonia 6. La High court irlandese e il nesso di causalità.

1. L'incidenza giurisprudenziale della responsabilità da illecito euro-unitario negli Stati membri

Un rapporto della Commissione europea del 2009 sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, in materia di risarcimento per violazione del diritto dell'Unione europea da parte degli Stati membri, afferma che la Corte non ha imposto agli Stati un regime uniforme di responsabilità ma si è limitata nel tempo a stabilirne a livello dell'Unione le condizioni fondamentali, demandando la loro applicazione agli organi giurisdizionali nazionali. Questi ultimi, stando al rapporto della Commissione, possono quindi tenere in piena considerazione, nella misura in cui il rispetto delle norme comunitarie lo consenta, la disciplina nazionale in tema di responsabilità¹¹⁹.

¹¹⁹ Commissione Europea, *Giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di risarcimento per violazione del diritto dell'Unione europea da parte degli Stati membri*, 15 luglio 2009, disponibile al link http://ec.europa.eu/eu_law/infringements/pdf/jur_09_30385_it.pdf.

Tale punto di vista, espressivo di un'interpretazione tradizionale, in base ad un'analisi degli sviluppi giurisprudenziali più recenti della Corte e dei Giudici nazionali, merita di essere approfondito.

E' vero, infatti, che la discrezionalità degli Stati membri nello stabilire forme e modalità di tutela dei diritti attribuiti ai singoli da norme dell'Unione è connaturata ad un sistema processuale che rimane in gran parte non armonizzato, ma i descritti principi di equivalenza e di effettività della tutela da un lato permettono di controllare l'esercizio delle competenze nazionali in relazione alla garanzia delle posizioni sostanziali; dall'altro influenzano profondamente gli aspetti procedurali, rimodellandoli ed alterandone profondamente fisionomia e contenuti¹²⁰. Gli Stati membri sono dunque chiamati a garantire il rispetto della giurisprudenza *Rene*, secondo cui i limiti predisposti dalla normativa statale in punto di risarcimento dei danni per violazione del diritto dell'Unione non possono essere meno favorevoli di quelli che disciplinano rimedi analoghi, cioè fruibili per situazioni simili o corrispondenti di diritto interno, né in ogni caso conformati in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'accesso al risarcimento.

In questo senso appare opportuno domandarsi quale sia stata la risposta giudiziale degli ordinamenti interni rispetto a tali costanti sollecitazioni d'intervento sugli aspetti procedurali nazionali, esaminando a tale scopo alcuni casi di applicazione nazionale¹²¹. Più in generale, è rilevante e utile dare conto di come la teoria della responsabilità dello Stato, nei suoi fondamenti, sia stata accolta e applicata dalle giurisdizioni nazionali in relazione ai vigenti modelli

¹²⁰ La dottrina parla al riguardo di "competenza procedurale funzionalizzata" al rispetto del principio di effettività. Cfr. GALLETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009, 144 e *passim*. Prime riflessioni sull'argomento in KAKOURIS, *Do Member States possess judicial procedural autonomy?*, in *CMLR*, 1997, 1389.

¹²¹ Va ricordato peraltro, con GALLETTA, *op. cit.*, 132, che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'Unione legifera solo eccezionalmente in materia di procedura, in assenza di una base giuridica specifica in proposito, dovendosi distinguere (ID., *op. cit.*, 118) tra casi di "competenza procedurale funzionalizzata, in cui la giurisprudenza europea limita fortemente l'autonomia nazionale, e casi in cui esistono previsioni normative comunitarie specifiche in materia procedurale.

Per avere invece una panoramica dello stato di attuazione della responsabilità può invece richiamarsi un recente studio di LOCK, *Is private enforcement of EU law through State liability a myth? An assessment 20 years after Francovich*, in *CMLR*, 2012, 49, 1675 s.. All'esito di un esame statistico della giurisprudenza inglese e tedesca risulta che la grande maggioranza (oltre la metà) dei casi di responsabilità dello Stato riguarda questioni collegate alla trasposizione di direttiva ed un numero consistente di decisioni il contrasto con norme contenute nei Trattati; sporadici sono i casi di applicazione del regime di responsabilità per esercizio del potere giudiziario.

giuridici di responsabilità dei pubblici poteri. Con riferimento, in particolare, alle questioni della violazione grave e manifesta, al nesso di causalità, alla nozione di norma attributiva di diritti, all'elemento soggettivo ed alle peculiarità legate al potere dello Stato (in particolare legislativo e giudiziario) esercitato illecitamente. Può anticiparsi che dall'esame in parola emerge una tensione fra il rispetto dei paradigmi nazionali e la piena valorizzazione delle decisioni della Corte europea; in ogni caso, talune decisioni nazionali non mancano di apportare significativi elementi di riflessione atti a connotare in maniera dialogica la responsabilità. Le Corti nazionali sono cioè spesso inclini a contribuire alla teoria della responsabilità dello Stato anche sul fronte della teoria generale: ciò emerge ad esempio dal panorama giurisprudenziale italiano, concentratosi sull'inquadramento della figura¹²². Particolare rilievo assume la natura soggettiva o oggettiva dell'illecito, spaziandosi da un approccio più oggettivistico – come nel caso spagnolo - ad uno maggiormente declinato in senso soggettivo (come dimostrano i casi tedesco ed irlandese commentati).

Un'attenzione privilegiata merita poi il punto di vista della Corte di giustizia europea sul sistema spagnolo di risarcimento da violazione del diritto dell'Unione, che ha trovato nel caso *Transportes Urbanos* del 2008 significativa espressione. In quest'ambito il parametro per studiare la compatibilità è costituito dal principio di equivalenza. Esso comporta che la tutela dei diritti garantiti ai soggetti dal diritto dell'Unione non può essere minore, per efficacia, a quella prevista per diritti analoghi riconosciuti nel diritto interno¹²³. Qualificano particolarmente il principio di equivalenza l'uguaglianza ragionevole dei rimedi e l'analogia delle fattispecie considerate dal diritto interno e dal diritto europeo. Casi simili ed oggetto ed elementi essenziali connotano cioè tanto il contesto normativo europeo che quello interno¹²⁴. E poiché il confronto deve riguardare il complesso della normativa applicabile alle fattispecie paragonate, tra casi simili sono permesse differenze di tutela

¹²² GALLETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri*, 37-38, evidenzia che l'effettività difficilmente può essere garantita senza la collaborazione attiva delle Corti nazionali, anche considerato che la Corte di giustizia comunitaria non possiede strumenti per dare attuazione concreta alle sue pronunce attraverso procedure di esecuzione forzata, a differenza della Corte suprema di un ordinamento federale.

¹²³ CGE 15 settembre 1998, causa C-231/96, Edis, in *Racc.*, I-4951, punto 36; CGE 19 settembre 2006, cause riunite C-392/04 e C-422/04, i-21 Germany e Arcor, in *Racc.* pag. I-8559, punto 62.

¹²⁴ CGE, 29 ottobre 2009, causa C-63/08, Pontin.

soltanto ove proporzionate e giustificate.

In dottrina, uno studio è poi pervenuto a rilevare che tutte le giurisdizioni nazionali hanno adottato il principio della responsabilità dello Stato membro. Le contraddizioni esistenti sul punto riguardano fra l'altro l'ammissione del principio della responsabilità per esercizio del potere legislativo, in ordine alla quale va osservato un atteggiamento più restrittivo rispetto agli altri da parte dei giudici di ordinamenti come la Francia, l'Italia, il Belgio e la Grecia¹²⁵.

Un orientamento minoritario in tal senso è stato quello accolto dal Consiglio di Stato greco, il *Symvoulío tis Epikrateias*, nella sessione plenaria, del 26 febbraio del 1999, nel caso *Deltio Forologikis Nomothesis*¹²⁶.

La Corte greca nella fattispecie ha sfidato apertamente il principio di supremazia del diritto dell'U.E. e di effetto diretto, omettendo ogni riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia, nonostante l'argomento offerto in tal senso dalla ricorrente. In particolare, nessuna considerazione è stata data ad una sentenza della Corte di giustizia europea contro lo Stato¹²⁷, che aveva accertato il mancato recepimento della direttiva 89/48 sul sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore.

Con una decisa valorizzazione dell'autonomia e dell'insindacabilità delle scelte del legislativo nazionale, il *Symvoulío* ha ritenuto che spettasse al Parlamento e al Governo la scelta dei mezzi adeguati per adempiere all'obbligo imposto dalla direttiva e di non essere competente a intervenire in materia, in particolare non potendo impegnare in alcuna modo la responsabilità civile dello Stato.

Questa decisione ignora completamente la giurisprudenza *Francovich* e va contro i principi fondamentali da essa enunciati. Da un lato pare poi interessante da un punto di vista politico, in quanto adotta un'interpretazione coerente con l'oggettiva inaffidabilità cui la Grecia ha improntato il proprio rapporto con l'Unione europea; dall'altro, permette però di osservare che prendere tecnicamente sul serio la spettanza allo Stato membro dei mezzi di

¹²⁵ GRANGER, *National applications of Francovich and the construction of a European administrative jus commune*, European Law review, 2007, 32, 157 s..

¹²⁶ MAGANARIS, *The principle of supremacy of Community law in Greece – From direct challenge to non-application* in European Law Review, 1999, 24, 426.

¹²⁷ CGE, C-365/93, in Racc., 1995, I – 499.

trasposizione della direttiva può significare, all'estremo, il riconoscimento del potere dello Stato di trasporre o meno la direttiva stessa.

In altri termini va ammesso quantomeno che il confine tracciato fra autonomia normativa e obbligo di trasposizione non è sempre chiaro. Una volta di più, prescindendo dall'oggettiva inaffidabilità delle autorità del singolo Stato membro, sembra che il meccanismo di adattamento normativo delle direttive europee sia parte consistente del problema della responsabilità dello Stato¹²⁸.

2.1 *Giurisprudenza italiana. La vicenda dei medici specializzandi.*

Nell'ordinamento italiano i profili dell'autonomia procedurale più discussi sono stati la prescrizione e l'inquadramento teorico interno; questione spinosa e tutt'ora disputata è poi l'esatta descrizione della natura oggettiva della responsabilità, la quale pure attiene ai fondamenti dell'istituto e che rimane perciò in astratto riservata alla competenza definitoria della Corte di giustizia.

Una vicenda che ha avuto e continua ad avere grande risalto nel nostro Paese è quella dei medici specializzandi del periodo 1983-1991¹²⁹. Si tratta, secondo la dottrina, di un contenzioso "*extra ordinem*", nella misura in cui le amministrazioni convenute perseguono nel proporre varie eccezioni, quali il difetto di giurisdizione del giudice ordinario (nonostante la dirimente pronuncia delle Sezioni Unite del 2005¹³⁰), il difetto di legittimazione passiva e

¹²⁸ Il tema dell'effetto diretto delle direttive ha dimensione particolarmente complessa e merita perciò la specifica attenzione dedicata da CRAIG, *The legal effect of Directives: policy, rules and exceptions*, in *European law review*, 2009, 34, 349 s.

¹²⁹ La letteratura sull'argomento è vasta e numerosi gli interventi giurisprudenziali: cfr. Cass. civ. Sez. III, 17 maggio 2011, n. 10813, in *Foro it.*, 2011, 6, 324, con nota di DIANA e PALMIERI, sentenza che affronta il tema della prescrizione, riassumendo e prendendo posizione sulle precedenti pronunce di legittimità e pervenendo a conclusioni innovative. Si vedano poi Cass. civ. Sez. I, 10 marzo 2010, n. 5842, in *Foro it.*, 2011, 3, 1, 862; Cass. civ. Sez. I, 22 ottobre 2009, n. 22440; Cass. civ. Sez. Unite, 17 aprile 2009, n. 9147, in *Nuova Giur. Civ.*, 2009, 10, 1, 1012 con nota di PASQUINELLI, e *Danno e resp.*, 2010, 1, 19 nota di CONTI; Cass. 3283/2008, in *Danno e resp.*, 2008, II, 1576, con nota di PASQUINELLI, *Illecito comunitario del legislatore e art. 2043: la Cassazione interviene ancora*; Trib. Salerno, Sez. I, 3 settembre 2010; App. Roma, Sez. I, 3 maggio 2010; Trib. Bologna Sez. II, 18 marzo 2010; Trib. Bari Sez. III, 23 febbraio 2010. Per una ricognizione v. SATULLO, *La prescrizione dell'azione di risarcimento nei confronti dello Stato per tardiva attuazione di una direttiva comunitaria*, in questa *Rivista*, 2011, 4, 253 s., e GUFFANTI PESENTI, *Riflessioni in materia di tardiva trasposizione di direttive comunitarie*, *Europa dir. priv.*, 2010, 1, 311 s.

¹³⁰ E' un dato consolidato anche nella giurisprudenza amministrativa che la domanda con cui il laureato in medicina, ammesso alla frequenza di un corso di specializzazione, chieda la condanna della P.A. al pagamento di una somma pari alla relativa borsa di studio, fondando la sua richiesta sull'obbligo dello Stato di risarcire il danno derivante dalla mancata trasposizione delle pertinenti direttive comunitarie ovvero sull'immediata operatività di quest'ultime o sull'applicabilità retroattiva della normativa nazionale di recepimento, rientra nella giurisdizione del Giudice ordinario perché stante il carattere incondizionato e sufficientemente preciso delle predette direttive, la posizione

la prescrizione tanto quinquennale quanto decennale¹³¹.

Specializzatisi nel lasso di tempo intercorso tra il 1983 ed il 1991, i medici hanno più volte dedotto la responsabilità dello Stato italiano per la mancata attuazione di alcune direttive comunitarie (n. 362/75, 363/75 e 82/76) entro il termine stabilito (il 1 gennaio 1983). Tali direttive hanno sancito il diritto del medico specializzando ad un'adeguata remunerazione per il corso di specializzazione ma sono state attuate in Italia soltanto nel 1991, con il decreto legislativo n. 257, ed irretroattivamente, non riguardando espressamente quanti hanno frequentato i corsi di specializzazione tra il 1983 ed il 1991.

I medici, nell'ambito di molteplici azioni collettive, hanno quindi sostenuto che l'inadempimento verificatosi il primo gennaio 1983 non ha fatto cessare l'obbligo dello Stato di dar corso, pur in ritardo, alla trasposizione delle direttive; che il decreto legislativo 257/1991, prevedendo la disciplina dell'adeguata remunerazione soltanto per l'avvenire, non aveva dettato disposizioni intese ad attribuire i diritti previsti dalle direttive a quanti si erano specializzati tra il 1983 ed il 1991; e che questi ultimi, in particolare i soggetti che avevano partecipato alla formazione specialistica a partire dal primo gennaio 1983 in modo conforme al dettato degli atti comunitari, avrebbero beneficiato della remunerazione (oltre che di punteggi aggiuntivi per il prosieguo della carriera) se le direttive fossero state trasposte nell'ordinamento entro il termine.

La vicenda ha dato luogo a due pronunce della Corte di giustizia, *Carbonari* e *Gozza*. Nella sentenza *Carbonari*¹³² si è innanzitutto rilevato che nessuna delle direttive invocate dai medici specializzandi identifica il debitore tenuto a retribuire i periodi di formazione relativi alle specializzazioni mediche e che, di conseguenza, gli Stati membri dispongono di un'ampia discrezionalità in merito alla loro individuazione. Ovviamente la possibilità per lo Stato di

giuridica che esse attribuiscono agli specializzandi non può che avere natura e consistenza di vero e proprio diritto soggettivo. L'interessato non ha bisogno d'impugnare preventivamente il relativo decreto interministeriale, in quanto può rivolgersi direttamente al Giudice ordinario per fargli accertare la sussistenza dei presupposti voluti dalle direttive e condannare la P.A. *tamquam* l'atto amministrativo *non esset*. Cfr da ultimo T.A.R. Lazio Roma Sez. III bis, 20-02-2013, n. 1906, www.giustizia-amministrativa.it.

¹³¹ DI MAJO, *I diritti dei medici specializzandi e lo Stato inadempiente*, nota a Cass. Civ. III, 17 maggio 2011, n. 10813, in *Corr. Giur.*, 2011, 10, 1411.

¹³² CGE, 25 febbraio 1999, causa C-131/97.

articolare in modo libero e autonomo il regime di erogazione della retribuzione non preclude l'identificazione dello Stato, in quanto tale, quale principale soggetto civilmente responsabile dell'omessa o tardiva trasposizione della direttiva.

Tuttavia, la stessa Corte di Giustizia ha fatto notare che è a carico di tutti gli organi degli Stati membri, compresi nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali, l'obbligo derivante da una direttiva di conseguire il risultato da questa contemplato¹³³. Il che va collegato ad altra, costante giurisprudenza della Corte, in base alla quale il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva, onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima, conformandosi così all'art. 249, terzo comma, del Trattato CE¹³⁴. Quelle in parola sono due varianti del principio dell'interpretazione conforme, espressamente coniato nel caso *Von Colson*.

In *Gozza*¹³⁵ si è evidenziato che l'applicazione retroattiva e completa delle misure di attuazione di una direttiva permette di rimediare alle conseguenze pregiudizievoli della tardiva attuazione di tale direttiva, a condizione che la direttiva stessa sia stata regolarmente recepita. Tuttavia, spetta al giudice nazionale far sì che il risarcimento del danno subito dai beneficiari sia adeguato. Un'applicazione retroattiva, regolare e completa delle misure di attuazione della direttiva sarà a tal fine sufficiente, a meno che i beneficiari non dimostrino l'esistenza di danni ulteriori da essi eventualmente subiti per non aver potuto fruire a suo tempo dei vantaggi pecuniari garantiti dalla direttiva e che dovrebbero quindi essere anch'essi risarciti.

Il *dictum* di *Gozza* è certamente problematico. In primo luogo la Corte ammette la possibilità di un'applicazione retroattiva delle misure di attuazione di una direttiva per raggiungere un risultato filo-comunitario, ossia l'effettiva applicazione della direttiva anche nei confronti degli specializzandi del periodo di inadempienza dello Stato italiano (dal 1983 al 1991). Ora, altro è ragionare

¹³³ SAGGIO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e resp.*, 2001, 3, 235; PASQUINELLI, *Illecito comunitario del legislatore*, cit., 150.

¹³⁴ V. sentenze 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*, Racc. p. I-4135, punto 8, e 16 dicembre 1993, causa C-334/92, *Wagner Miret*, Racc. p. I-6911, punto 20.

¹³⁵ CGE, 3 ottobre 2000, C-371/97, Racc. 2000 pagina I-07881.

su un piano esclusivamente interpretativo, prescrivendo determinati esiti ai processi di attribuzione di significato alla legge interna, che traspone il diritto europeo; altro è superare l'impossibilità oggettiva di costruire utili argomentazioni interpretative, dichiarando che una legge interna di attuazione della direttiva europea ha attitudine a produrre effetti retroattivi. In questo modo, infatti, si discute non di criteri d'interpretazione, materia nella quale viene concordemente riconosciuta una concorrente potestà normativa del legislatore e dei formanti dottrinale e giurisprudenziale, ma di efficacia nel tempo nella legge, materia che viceversa è istituzionalmente riservata al legislatore, in quanto emblematica manifestazione del principio di certezza del diritto e nella quale nessuna potestà viene fra l'altro riconosciuta alla dottrina o ai giudici europei. E va aggiunto che negli ordinamenti nazionali il regime di retroattività della legge civile è in posizione di eccezione rispetto alla regola generale, per cui la legge non dispone che per l'avvenire e non ha effetto retroattivo, dimodoché la soluzione della Corte si scontra con un assetto consolidato basato sul primato dell'irretroattività.

Ammettere perciò l'effetto retroattivo di una direttiva non trasposta è un forte omaggio al principio di effettività della tutela europea, in linea con la tendenza a fissare *standard* uniformi di procedura; epperò farlo su base puramente giurisprudenziale significa travolgere ogni margine di certezza del diritto quanto all'efficacia nel tempo della legge interna, con un esito dogmaticamente inaccettabile. Sembra allora corretto preservare un aspetto come quello in esame dalla tendenza utilitaristica della Corte e sottrarlo in ogni caso alla fisiologica incertezza del formante giurisprudenziale.

Appaiono perciò condivisibili le parole del Tribunale di Roma¹³⁶ che, trovatosi a prendere posizione sull'interpretazione retroattiva della legge del 1991 di tardiva attuazione delle direttive, così si esprime: "Il contrasto tra la norma comunitaria e quella interna comporta che un diritto riconosciuto dalla prima viene negato o limitato dalla seconda. Nel caso in questione invece il diritto all'indennità non è negato dalla norma nazionale, se non per via del ritardo nel recepimento del diritto comunitario.

¹³⁶ Trib. Roma Sez. II, 19-02-2013, inedita.

Che poi la normativa interna possa contenere punti di contrasto su altri aspetti è questione ovviamente diversa. Ciò che importa è che il diritto all'indennità è leso per via del ritardo nell'attuazione e dunque del ritardo del momento di entrata in vigore della legge nazionale, piuttosto che per via di una diretta negazione del diritto da parte della norma interna.

Ed il ritardo non si compone con un'interpretazione adeguatrice, come invece accade per il contrasto.

La via dell'interpretazione adeguatrice comporta in questo caso un'applicazione retroattiva della norma, non già l'adeguamento del suo significato a quello espresso dalle direttive comunitarie.

In buona sostanza, se si può sopperire con l'interpretazione ad un contrasto di significati, non si può sopperire con l'interpretazione ad un ritardo legislativo. L'unica forma di interpretazione retroattiva è quella autentica”.

Il Tribunale di Roma conclude così per l'espresso rifiuto della tesi dell'applicazione retroattiva della legge che traspone tardivamente la direttiva, ritenendo invece che debba esclusivamente discorrersi di responsabilità del legislatore per danno da ritardo, e la soluzione trovata sembra mostrare particolare discernimento nell'evitare di aderire acriticamente al *dictum* della Corte europea formulato in *Gozza*.

2.2. Il dibattito sulla qualificazione della figura

L'esatto inquadramento della responsabilità in parola, in chiave contrattuale o extracontrattuale, è questione che vede la dottrina e la giurisprudenza italiane divise. La questione ha riguardato in special modo la responsabilità dello Stato per omessa o carente trasposizione di direttive non *self-executing*, le quali vanno obbligatoriamente attuate nel rispetto della libertà della forma d'intervento riservata al legislatore nazionale.

Nel commentare l'ordinanza delle Sezioni Unite n. 9005 del 16 aprile 2009, scrive Adolfo Di Majo: “a prescindere dalla soluzione che si assume ormai comunemente condivisa, secondo cui la via risarcitoria appare quella pressoché obbligata, ove abbiano a realizzarsi scostamenti e/o difformità del diritto interno rispetto a quello comunitario, non compensabili né sul terreno

applicativo (e cioè a mezzo della disapplicazione del diritto interno difforme e/o della retroattività della norma interna tardiva) né su quello interpretativo (e cioè a mezzo della interpretazione conforme), resta a stabilire quale sia la esatta qualificazione del fondamento giuridico del rimedio riconosciuto al beneficiario (della norma comunitaria) per riparare al pregiudizio da esso subito. È in ordine a questo aspetto che le Sezioni Unite della Cassazione sollecitano un approfondimento maggiore di quello cui la maggioranza della giurisprudenza ha ritenuto di prestare adesione”¹³⁷.

Il riferimento della dottrina è alla pronuncia Cass. sez. un. n. 9147 del 2009¹³⁸, che ha sposato la tesi contrattuale, sotto la forma invero originale del fatto illecito del legislatore per attività non antiggiuridica, sulla quale si dirà più avanti. Nella prospettiva nazionale, la questione della natura della responsabilità ha rilevanza pratica processuale dal punto di vista del rispetto del principio della domanda e la qualificazione dell’illecito viene solitamente ricondotta al dibattito sulla natura della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale, per un’esigenza di inquadramento dogmatico e in virtù delle diverse conseguenze applicative collegate: la diversa distribuzione dell’onere della prova, il termine di prescrizione, l’elemento soggettivo, la risarcibilità del danno imprevedibile al momento della commissione dell’illecito. In secondo luogo, la risarcibilità del lucro cessante con equo apprezzamento delle circostanze del caso e l’esclusione della validità delle clausole di esonero preventivo della responsabilità nei casi di dolo o colpa grave. Si tratta dunque di aspetti strettamente collegati con l’autonomia procedurale dello Stato membro.

Nell’approccio unitario, viceversa, il problema risente del “minimo tasso d’investimento assiologico” notato in dottrina ¹³⁹ e bisogna chiarire l’opportunità di trasferire in sede europea un dibattito tipicamente nazionale: la Corte di Lussemburgo non si preoccupa espressamente di reperire un ampio

¹³⁷ DI MAJO, *Contratto e torto nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, Corr. Giur., 2009, 10, 1353. In senso conforme, cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità* cit., 235, secondo cui da quando da quando la Corte europea di giustizia ha affermato la responsabilità degli Stati, compito degli scrittori è stato quello di fornire una base giuridica più plausibile di quella che la Corte di Lussemburgo è stata in grado di approntare.

¹³⁸ PASQUINELLI, *Le sezioni unite e la responsabilità dello Stato-legislatore per violazione del diritto comunitario. Un inatteso revirement*, nota a Cass. civ. Sez. Unite, 17 aprile 2009, n. 9147, in *Nuova Giur. Cin.*, 2009, 10, 1, 1012.

¹³⁹ PLAIA, MAZZAMUTO, *I rimedi in Manuale di Diritto Privato europeo*, cit., *passim*.

fondamento di teoria della responsabilità, desumendo invece sufficienti indici per introdurre l'istituto della responsabilità civile dai principi generali formulati all'interno dei Trattati. Anzi, può espressamente affermarsi che la questione della scelta fra titolo contrattuale e titolo extracontrattuale della responsabilità non rientra fra gli obiettivi definitivi e sistematici della Corte¹⁴⁰.

In tal senso, nella giurisprudenza di merito italiana, il Tribunale di Catanzaro¹⁴¹ ammette condivisibilmente che la responsabilità dello Stato per fatto del legislatore ha natura anfibologica; l'ordinamento europeo ne tipizza gli elementi costitutivi ma la rimanente disciplina è rimessa agli ordinamenti interni ai quali compete la definizione del regime di responsabilità.

Passando all'esame delle ipotesi ricostruttive avallate, parte della giurisprudenza italiana afferma la natura extracontrattuale dell'illecito. Così Cass. Civ. n. 3283 del 12 febbraio 2008 afferma sbrigativamente che la violazione da parte dello Stato italiano degli obblighi derivanti dal Trattato costituisce un illecito *ex art.* 2043 c.c.¹⁴². In controtendenza, altra sentenza, la n. 9147/2009 della Corte di Cassazione, resa a Sezioni unite, ha riconosciuto il diritto dei medici specializzandi al risarcimento del danno per la ritardata trasposizione delle direttive: per far ciò, i Giudici della Suprema Corte hanno agganciato la responsabilità ritenuta sussistente allo schema dell'"obbligazione

¹⁴⁰ Lo si ricava espressamente da CGE, *Palmisani*, cit., p.ti 38 e 39: "Quanto al regime di diritto comune della responsabilità extracontrattuale, si deve rilevare che, a differenza delle procedure esaminate ai punti 34-37 della presente sentenza, esso è, quanto al suo oggetto, complessivamente analogo a quello istituito dall'art. 2, n. 7, del decreto legislativo in quanto tende a garantire il risarcimento di danni subiti a seguito del comportamento del loro autore. Tuttavia, al fine di verificare la comparabilità tra i due regimi di cui trattasi, occorre ancora esaminare gli elementi essenziali che caratterizzano il regime nazionale di riferimento. Al riguardo, la Corte non dispone di tutti gli elementi necessari per valutare più specificamente se un'azione di risarcimento danni intentata da un singolo ai sensi dell'art. 2043 del codice civile italiano possa essere diretta contro pubblici poteri per un'omissione o per un atto illecito loro eventualmente imputabile nell'esercizio della potestà d'imperio. Spetta pertanto al giudice proponente procedere a tale esame.

Nel caso in cui si constata che il regime italiano di diritto comune in materia di responsabilità extracontrattuale non può servire di base ad un'azione contro i pubblici poteri per un comportamento illecito loro eventualmente imputabile nell'esercizio della potestà d'imperio ed in cui il giudice a quo non potesse procedere ad alcun altro pertinente raffronto tra la controversa condizione relativa ai termini e le condizioni relative a reclami analoghi di natura interna, si dovrebbe concludere, tenuto conto di quanto precede, che il diritto comunitario non osta a che uno Stato membro imponga, per la proposizione di ogni ricorso diretto al risarcimento del danno subito a seguito della tardiva attuazione della direttiva, un termine di decadenza di un anno a decorrere dalla recezione nel suo ordinamento giuridico interno".

¹⁴¹ Trib. Catanzaro sez. I civile, sentenza 20.04.2009.

¹⁴² PASQUINELLI, *Illecito comunitario del legislatore e art. 2043: la Cassazione interviene ancora*, nota a Cass. 3283/2008, in *Danno e resp.*, 2008, II, 1576.

ex lege dello Stato inadempiente”, altrimenti formulato come del “fatto illecito del legislatore di natura indennitaria”.

Si tratta di una teoria, ribadita dalla stessa Cassazione con la sentenza n. 5842/2010, con la quale viene escluso il ricorso all’istituto della responsabilità extra-contrattuale e che esprime l’idea che la mancata trasposizione di direttive sia “attività non antigiuridica”, idonea a imputare oggettivamente “un credito alla riparazione del pregiudizio subito”.

Sul punto occorre concordare con quanti hanno notato una potenziale limitatezza dell’indennizzo rispetto al risarcimento¹⁴³. In proposito la distinzione tra le due forme di ristoro economico è chiara: l’indennizzo consegue ad un pregiudizio lecito e comprende la perdita subita dal soggetto vittima di un decremento patrimoniale o di una lesione personale che, per il suo elevato grado di ricorrenza statistica, viene quantificata alla stregua di criteri legislativi ed amministrativi; il risarcimento è invece insuscettibile di preventiva forfettizzazione, concernendo tanto la perdita subita quanto il mancato guadagno in quanto conseguenza immediata e diretta di un illecito (contrattuale o extra-contrattuale).

Va dato dunque atto di un’opzione maggioritaria della giurisprudenza italiana di legittimità, assecondata dalla giurisprudenza di merito, che ricostruisce l’istituto in termini contrattuali, facendo leva sull’obbligazione *ex lege* dello Stato inadempiente. La tesi è stata oggetto di critiche approfondite e puntuali in dottrina che mettono in luce come essa si scontri con la difficoltà di definire i confini dell’ordinamento, nazionale o comunitario, entro il quale sorge la definizione di obbligatorietà del rispetto del vincolo comunitario e, correlativamente, entro il quale sorge l’obbligazione risarcitoria; conseguendone, sotto tali profili, la preferibilità della tesi extracontrattuale¹⁴⁴.

Così da un lato è criticabile l’affermazione del non potersi collocare il comportamento dello Stato, di inadempimento dell’obbligo di attuazione di una direttiva, sul piano dell’illecito aquiliano ai sensi dell’art. 2043 c.c., per non essere qualificabile come comportamento antigiuridico nell’ambito dell’ordinamento interno, ma solo in quello comunitario; dall’altro altrettanto

¹⁴³ GUFFANTI PESENTI, *Riflessioni in materia di tardiva trasposizione* cit., 334.

¹⁴⁴ Cfr. PIRAINO, *L’inadempimento dello Stato* cit.; PLAIA, MAZZAMUTO, *I rimedi*, cit..

censurabile è apparso il collegamento fra la non antiggiuridicità di tale comportamento e l'inquadramento nella responsabilità *ex art. 2043 c.c.*: poiché quest'ultima, se rettammente intepretata, non comprende l'antigiuridicità fra i suoi requisiti.

Una soluzione innovativa della questione, apparentemente eterodossa rispetta al panorama nazionale, è stata recentemente offerta dalla giurisprudenza amministrativa¹⁴⁵. Segnatamente, il Consiglio di Stato ha affermato che la regola europea vigente in materia di risarcimento del danno per illegittimità accertate in materia di appalti pubblici, per avere assunto provvedimenti illegittimi lesivi d'interessi legittimi, configurerebbe una responsabilità non avente natura né contrattuale né extracontrattuale, ma oggettiva, sottratta ad ogni possibile esimente, poiché derivante da principio generale funzionale a garantire la piena ed effettiva tutela degli interessi delle imprese, a protezione della concorrenza, nel settore degli appalti pubblici.

Si propende, per questa via, ad escludere perciò in ogni caso qualsiasi esimente di carattere soggettivo, compreso cioè in primo luogo l'errore scusabile¹⁴⁶. Si tratta di un regime tipico della responsabilità per violazione degli interessi legittimi negli appalti, in cui illegittimità e illiceità della condotta tendono a coincidere.

Non può fare a meno di notarsi che il Consiglio di Stato fonda il suo ragionamento su un'atipica tripartizione, fra responsabilità contrattuale, extracontrattuale e oggettiva. Difatti la differenza tipologica fra responsabilità

¹⁴⁵ Si tratta di Cons. Stato, Sez. V, Sent., 18-02-2013, n. 966.

¹⁴⁶ Particolarmente rilevante l'errore scusabile nella giurisprudenza interna sulla responsabilità della Pubblica amministrazione. Cfr. Cons. Stato, sez. IV - sentenza 31 gennaio 2012, n.482, in *Danno Resp.*, 2012, 7, 731 s., con nota di CARBONE, *Inadempimento dello Stato all'obbligo da direttiva: responsabilità ex artt. 1218 o 2043 c.c.?* ove si nota che il regime nazionale della responsabilità della p.a. è stato imperniato sul carattere aquiliano della responsabilità, ha utilizzato il concetto di "errore scusabile"; più specificamente, facendo ricorso al meccanismo delle presunzioni semplici di cui agli artt. 2727 e 2729 cod. civ., si è giunti ad affermare che l'illegittimità del provvedimento amministrativo, quand'anche acclarata, costituisce solo uno degli indici presuntivi della colpevolezza, da considerare unitamente ad altri quali il grado di chiarezza della normativa applicabile, la semplicità del fatto, il carattere pacifico della questione esaminata, il carattere vincolato o a bassa discrezionalità dell'azione amministrativa.

In questo modo, se non a una vera e propria inversione, si è pervenuti a un sostanziale alleggerimento dell'onere probatorio incombente al privato in forza del quale – e ciò sostanzia l'elemento di "atipicità" di tale regime rispetto a quello generale *ex art. 2043 cod. civ.* – una volta accertata l'illegittimità dell'azione della p.a., è a quest'ultima che spetta di provare l'assenza di colpa, attraverso la deduzione di circostanze integranti gli estremi del c.d. errore scusabile, ovvero l'inesigibilità di una condotta alternativa lecita (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2010, n. 8549; id., 18 novembre 2010, nr. 8091; Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2010, nr. 2384; id., sez. VI, 11 gennaio 2010, nr. 14; Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2008, nr. 4242).

contrattuale ed extracontrattuale discende dalla “fonte”, che è nell’un caso l’inadempimento imputabile e nell’altro caso il danno ingiusto; il carattere oggettivo della responsabilità riguarda invece il meccanismo di imputazione della responsabilità al soggetto detto responsabile, che avviene sulla base di argomenti e circostanze indipendenti dalla valutazione della sua condotta, dunque non in termini di coscienza e volontà dell’azione (dolo) o d’imprudenza, negligenza o imperizia (colpa). D’altronde, la responsabilità contrattuale, stando alla tesi formalmente più corretta, ha natura oggettiva e la differenziazione non ha da questo punto di vista ragion d’essere.

In ogni caso, la cennata pronuncia mostra uno sforzo comprensibile e giustificabile verso il superamento dei paradigmi nazionali e l’accoglimento di una nozione di responsabilità europea dialogica e reticolare: sicché in sintonia con la Corte di giustizia si esprime la natura oggettiva della responsabilità quasi fosse un’alternativa tipologica rispetto alla natura contrattuale e alla natura extracontrattuale.

Dal fronte nazionale, va poi osservato che il dibattito sull’inquadramento della responsabilità in esame, ripropone una distinzione di opinioni già sorta con riferimento alla responsabilità della Pubblica Amministrazione per lesione di interessi legittimi. In particolare, da un lato si prospetta l’applicazione della *Schutznormtheorie* e della nozione italiana di obblighi di protezione, nell’accezione italiana di obbligazioni senza prestazione; dall’altro si descrive il modello di responsabilità in senso aquiliano, basandolo sulla colpa della pubblica amministrazione, una colpa d’apparato e sussistente in assenza di errore scusabile, perciò molto oggettivizzata, nel senso che la colpa non è criterio d’imputazione dell’illecito ma, una volta presunta la responsabilità, criterio per determinarne l’esclusione¹⁴⁷.

Fino all’intervento legislativo che ha fissato in cinque anni la data della prescrizione per l’illecito derivante dall’omessa trasposizione di direttive, la qualificazione concerneva in ogni caso anche la durata del termine prescrizione e la fissazione del *dies a quo*. A far data dall’entrata in vigore di

¹⁴⁷ Il tema è approfonditamente analizzato da CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004; cfr. anche CHITI, *La responsabilità dell’amministrazione nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 3-4, 505.

tale novella, la questione potrebbe rilevare solo accedendosi all'argomento *ubi lex tacuit, noluit*, per cui, non essendo stati menzionati dal legislatore i casi di illecito euro-unitario diversi dall'omessa trasposizione di direttive, ad essi continuerebbe ad applicarsi il termine ordinario decennale.

Arricchisce il dibattito e accentua i dubbi esistenti un'ulteriore ipotesi ricostruttiva, in termini di arricchimento senza causa *ex art. 2041 c.c.*. Com'è noto, l'ingiustificato arricchimento è un mezzo di tutela sussidiario rispetto agli altri, esperibile ove l'ordinamento non predisponga altra azione: una dottrina ne ha proposto l'applicazione proprio nel caso dell'illecito euro-unitario, in luogo della responsabilità, facendo leva sul principio per cui è vietato allo Stato membro trarre vantaggi da un suo comportamento contrario al Trattato¹⁴⁸.

Sul punto, v'è da chiedersi che rapporto sussiste fra arricchimento e la responsabilità indennitaria da atto lecito propugnata dalla Cassazione a partire dalle Sezioni unite n. 9147 del 2009. La responsabilità indennitaria è istituto che si attaglia prettamente alle ipotesi espressamente previste dal legislatore, come nel caso del danno da emotrasfusioni e di ipotesi simili. In tali casi il legislatore reputa opportuno stabilire forfettariamente un mezzo generale e indifferenziato di ristoro, garantendo normativamente al soggetto che si trovi in certe condizioni l'accesso all'indennizzo. In questo modo, la ragione dell'accesso a detto ristoro economico, essendo contemplata da una norma di legge per la sua frequente ricorrenza, perde il carattere antigiusdittico: non v'è insomma, o non v'è più, rottura dell'ordine giuridico prestabilito. Viceversa, nel caso dell'arricchimento siamo in presenza di una regola generale a base atipica, volta a determinare una fonte di obbligazioni nel caso di lesione non antigiusdittica né ingiusta di una sfera patrimoniale soggettiva, cui è correlato l'incremento patrimoniale di un'altra: *nemo locupletari potest cum aliena iactura*.

La responsabilità indennitaria da atto lecito, sotto questa specola, individuata dalla Cassazione quale fondamento teorico della responsabilità dello Stato membro, somiglia molto ad un meccanismo di tipizzazione (ora legislativa, ora

¹⁴⁸ PISANI, *Vecchi e nuovi itinerari oltre la frontiera aquiliana: l'art. 2041 cod. civ.*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1999, 382 s. La tesi non sembra essere stata seguita nell'applicazione pratica, forse per la stessa "forte ritrosia della giurisprudenza, assolutamente dimentica insieme a buona parte della dottrina della storia del principio, ad applicare l'istituto previsto dall'art. 2041 c.c. nel caso di c.d. arricchimento indiretto" (*ibidem*). Per un'ampia disamina sull'ingiustificato arricchimento nel quadro del diritto privato europeo v. NICOLUSSI, *Le restituzioni*, Manuale di diritto privato europeo, cit., 181.

giurisprudenziale) dell'arricchimento senza causa, più che ad una forma di responsabilità contrattuale.

A ciò può aggiungersi che, nei confronti della Pubblica Amministrazione, l'arricchimento senza causa che giustifica, ai sensi dell'art. 2041 c.c., l'erogazione di un indennizzo in favore del soggetto privato depauperato, deve consistere nell'acquisto di un bene o di una somma di denaro o, se trattasi di un pubblico servizio, in un miglioramento dello stesso oppure nel mantenimento della sua qualità con una spesa minore: l'opzione perciò può essere richiamata, ad esempio, per l'omessa attribuzione di una prestazione economica prevista dal diritto europeo.

Da altro punto di vista, che mantenga in piedi la tesi contrattuale, in presenza dei requisiti richiesti, e nel caso in cui l'azione risarcitoria sia ritenuta in astratto improponibile, per mancanza dei requisiti fissati in generale (ad esempio: insufficiente gravità della violazione¹⁴⁹ o difetto di espressa attribuzione di diritti da parte della direttiva europea), l'arricchimento senza causa potrebbe parimenti essere applicabile. I vantaggi pratici, peraltro, sarebbero gli stessi della tesi contrattualista, cioè fondamento oggettivo dell'azione, a prescindere dalla dimostrazione della colpa, e termine di prescrizione decennale anziché quinquennale (ove si preferisca ritenere che la previsione della durata quinquennale riguardi la sola carente trasposizione di direttive).

Di conseguenza, posto che nel nostro caso il diritto giurisprudenziale europeo ha tipizzato o meglio individuato un'obbligazione *ex lege*, in caso di inadempimento deve essere risarcito il danno contrattuale (comprensivo ad esempio dell'eventuale perdita di *chance*). Viceversa dovrebbe potersi esperire l'azione *ex art. 2041 c.c.* con possibilità di indennizzo ma soltanto nei limiti dell'arricchimento. Non di risarcimento si discorre in questo caso ma, in maniera stavolta appropriata, d'indennizzo. Requisito dell'azione è, infatti, uno spostamento di ricchezza non illecito né antigiusuriero ma privo di sufficiente giustificazione causale e idoneo a impoverire senza giustificazione un soggetto. A margine di queste notazioni, bisognose dei necessari approfondimenti e di una rimeditazione complessiva della responsabilità da atto lecito di natura

¹⁴⁹ Sul differente carattere di gravità dell'infrazione euro-unitaria v. SAGGIO, *La responsabilità dello Stato*, cit., 231.

indennitaria, può concludersi che esiste nel nostro ordinamento un fatto non antigiuridico produttivo di obbligazioni, quale l'ingiustificato arricchimento, cui la violazione commessa dallo Stato membro può essere correlata. Siffatto inquadramento potrebbe indurre a mettere in discussione le esimenti di carattere soggettivo (errore scusabile, ecc.) che da *Brasserie* in poi vengono richiamate in parte della giurisprudenza interna ed europea, conseguendone un potenziamento del fine di effettività della tutela.

2.3 La responsabilità contrattuale di natura indennitaria per fatto non antigiuridico.

Stante il dato acquisito di una tesi maggioritaria in giurisprudenza, mette però conto soffermarvisi¹⁵⁰.

La Corte di Cassazione afferma, con specifico riferimento alla vicenda dei medici specializzandi, che in caso di omessa o tardiva trasposizione da parte del legislatore italiano nel termine prescritto delle direttive comunitarie (nella specie, le direttive n. 75/362/CEE e n. 82/76/CEE, non auto esecutive, in tema di retribuzione della formazione dei medici specializzandi) sorge, conformemente ai principi più volte affermati dalla Corte di Giustizia, il diritto degli interessati al risarcimento dei danni che va ricondotto - anche a prescindere dall'esistenza di uno specifico intervento legislativo accompagnato da una previsione risarcitoria - allo schema della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione *ex lege* dello Stato, di natura indennitaria per attività non antigiuridica, dovendosi ritenere che la condotta dello Stato inadempiente sia suscettibile di essere qualificata come antigiuridica nell'ordinamento comunitario ma non anche alla stregua dell'ordinamento interno. Ne consegue che il relativo risarcimento, avente natura di credito di valore, non è subordinato alla sussistenza del dolo o della colpa e deve essere determinato, con i mezzi offerti dall'ordinamento interno, in modo da assicurare al danneggiato un'adeguata compensazione della perdita subita in ragione del ritardo oggettivamente apprezzabile.

L'obiettivo della citata giurisprudenza è inquadrare ai sensi dell'art. 1173 c.c. il

¹⁵⁰ Cfr. CALZOLAIO, *La violazione del diritto comunitario non è antigiuridica: l'illecito dello Stato al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Contr. Impresa*, 2010, 1, 71 s.

comportamento dello Stato di inadempimento della direttiva come fatto idoneo a far insorgere sul piano interno un'obbligazione risarcitoria, nei confronti dei soggetti titolari del diritto. L'insorgenza di tale obbligazione quale conseguenza del fatto è stata giustificata sulla base dei vincoli che dall'ordinamento comunitario derivano all'ordinamento interno per effetto dell'inadempimento di una direttiva riconoscente in modo sufficientemente specifico un diritto ai soggetti dell'ordinamento interno, ma non avente carattere *self-executing*. Stando alla Cassazione, la fonte normativa della idoneità del fatto a produrre l'obbligazione è costituita dal binomio di sentenze fondative dell'istituto *Francovich e Brasserie*.

Esprimendo un punto di vista condivisibilmente critico, la dottrina ha puntualmente osservato che affermare che l'ordinamento interno si delinea come autonomo e distinto, al dichiarato fine di giustificare la ricostruzione in termini di fatto lecito di una condotta considerata nell'ordinamento comunitario come illecita, significa spezzare, pericolosamente, un'evoluzione normativa e giurisprudenziale che, negli anni recenti, si è progressivamente indirizzata verso ben diverse forme di integrazione, sempre più marcate ed incisive¹⁵¹.

2.4 La valorizzazione della “cross-fertilization” da parte del Consiglio di Stato

Altra recente sentenza del Consiglio di Stato¹⁵² offre poi lo spunto per riconsiderare il profilo dell'elemento soggettivo della responsabilità dello Stato, intendendo osservarlo alla luce della dialettica tra categorie civilistiche nazionali e comunitarie.

La società Yesmoke Tobacco S.p.a., attiva nel settore dei tabacchi, promuove un'azione di annullamento dinanzi al T.A.R. del Lazio del decreto con il quale l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (A.A.M.S.) ha aumentato – fissandolo in € 3,50 per il pacchetto da venti sigarette e in € 1,75 per quello da dieci sigarette - il prezzo minimo di vendita delle sigarette, deducendo la violazione della disciplina comunitaria sulla tassazione dei tabacchi (direttiva

¹⁵¹ In questi termini CONTI, *La natura “non illecita” dell'illecito euro-unitario*, cit., 32 s..

¹⁵² Consiglio di Stato, sez. IV - sentenza 31 gennaio 2012, n.482, in *Danno Resp.*, 2012, 7, 731 s., con nota di CARBONE, *Inadempimento dello Stato all'obbligo da direttiva: responsabilità ex artt. 1218 o 2043 c.c.?*

95/59/CE).

Nel corso del giudizio di primo grado, interviene la sentenza della Sezione Terza della Corte di giustizia CE del 24 giugno 2010 che accerta che la fissazione di un prezzo minimo di vendita dei tabacchi, prevista dalla legislazione italiana, viola la citata direttiva.

Il T.A.R. del Lazio, pertanto, disapplica detta legislazione in quanto confliggente con il diritto dell'Unione ed annulla il decreto dell'A.A.M.S. ma respinge la domanda di risarcimento danni formulata in via consequenziale, non sussistendo a suo dire gli elementi costitutivi dell'illecito ed in particolare la colpa.

La Yesmoke Tobacco S.p.a. interpone appello, riproponendo la domanda risarcitoria e deducendo la violazione degli artt. 11 e 117 Cost., contenenti un rinvio dinamico al diritto dell'Unione, in relazione alla ritenuta necessità della sussistenza della colpa; in subordine, afferma che nella fattispecie tale colpa sussistesse comunque.

Bisogna ammettere che tra i requisiti strutturali, per come evocati nella consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, non figura l'elemento soggettivo. Il Consiglio di Stato ne è pienamente consapevole e ricorda che le condizioni richieste per l'integrazione dell'illecito si avverano allorché 1) la norma giuridica comunitaria violata sia preordinata a conferire loro diritti; 2) la violazione di tale norma sia sufficientemente qualificata; 3) esista un nesso causale diretto tra la violazione in parola e il danno subito da tali soggetti.

Nel caso in questione, il Giudice non entra nel merito della questione della qualificazione di illiceità dell'attività del legislatore, autore di una disciplina sulla regolamentazione dei prezzi del tabacco contraria a quella più liberale di marca comunitaria, facendo leva sulla sussistenza di un obbligo di immediata disapplicazione, incombente tanto sull'autorità giudiziaria quanto sulla pubblica amministrazione in senso lato.

Ciò posto, la sentenza passa a considerare l'aspetto dirimente della faccenda: fra gli elementi costitutivi della responsabilità dello Stato da violazione del diritto comunitario, per come costantemente individuati dalla Corte europea, non rientra un elemento di natura soggettiva afferente alla natura dolosa o

colposa della condotta illecita posta in essere dagli organi statuali; all'opposto, a partire da Cass. civ., sez. un., 22 luglio 1999, nr. 500¹⁵³, la responsabilità della Pubblica Amministrazione statale è stata prevalentemente inquadrata nello schema della responsabilità aquiliana con la conseguente necessità di individuare tutti gli elementi dell'illecito extracontrattuale *ex art.* 2043 cod. civ., ivi compreso quello soggettivo della colpa.

Tuttavia, - si spinge dinamicamente ad affermare il Consesso – “una più approfondita analisi dei presupposti e dei parametri in base ai quali si giunge ad affermare, nei due diversi ordinamenti (interno e comunitario), la responsabilità dello Stato induce a escludere che possa pervenirsi a una semplicistica dicotomia tra il sistema comunitario, nel quale detta responsabilità avrebbe carattere oggettivo, e il sistema italiano, nel quale invece sarebbe sempre essenziale l'elemento psicologico dell'illecito; ciò che, a tacer d'altro, non potrebbe non ingenerare seri dubbi sulla compatibilità comunitaria dello stesso assetto generale della responsabilità aquiliana ricavabile dal già citato art. 2043 cod. civ., ove riferito ai rapporti tra amministrazione pubblica e amministrati”. Sembra trattarsi di un approccio accorto e dialogico: deve partirsene cioè dal presupposto che sarebbe affrettato affermare in senso assoluto la sussistenza o l'assenza della colpa nel sistema di responsabilità europea.

I Giudici di Palazzo Spada passano perciò a richiamare il dibattito sorto nell'ordinamento interno in relazione alla responsabilità della Pubblica Amministrazione per lesione di interessi legittimi, ricordando che la Suprema Corte a sezioni unite, nel *leading case* n. 500/1999, ha riferito l'elemento soggettivo della colpa non già al singolo funzionario agente ma all'intero corpo amministrativo. La colpa d'apparato, nozione originaria della Francia ove è chiamata *faute de service*, è da intendere secondo Cass. civ., n. 500/1999 “come colpa apparato, che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato), sia avvenuta in

¹⁵³ Annotata da CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 1270; DI MAJO, *Danno ingiusto e danno risarcibile nella lesione di interessi legittimi*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 395; LUMINOSO, *Danno ingiusto e responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi nella sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, in *Dir. pubbl.*, 2000. MARICONDA, «*Si fa questione di un diritto civile...*», in *Corr. giur.*, 1999, p. 1381; MONATERI, CARBONE, PALMIERI e PARDOLESI, PONZANELLI, ROPPO, *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Danno e responsabilità*, 1999, p. 965 e ss.; FRANZONI, *La lesione dell'interesse legittimo è, dunque, risarcibile*, in *Contratto e impresa*, 1999, p. 1046.

violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione (...) quali limiti esterni alla discrezionalità”. In tal modo la giurisprudenza italiana ha superato l’esigenza di provare che il provvedimento lesivo è stato posto in essere con un atteggiamento psicologico colpevole (o doloso) del singolo funzionario o dei funzionari.

Dall’esame della giurisprudenza emerge perciò il ricorso a requisiti di allegazione e prova della colpa della p.a.. Non sempre ricorre una violazione *in re ipsa*, sul modello della giurisprudenza *Dillenkofer*, ma solo in fattispecie nelle quali la normativa comunitaria è immediatamente applicabile e molto analitica e dettagliata, in modo da escludere di fatto alcuna discrezionalità da parte degli Stati membri, come avviene tipicamente nel settore degli appalti.

In particolare, nel caso *Brasserie du pêcheur* e *Factortame* la Corte di giustizia ha stabilito che il grado di chiarezza e precisione della norma violata, l’ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali o comunitarie, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o inescusabilità di un eventuale errore di diritto, la circostanza che i comportamenti adottati da un’istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere alla violazione, rappresentano indici rivelatori del carattere grave e manifesto della violazione del diritto comunitario, ossia della violazione particolarmente qualificata.

E’ così che il Consiglio di Stato, in questa invero pregevole sentenza, osserva che identico, pur se indotto da motivazioni diverse, è lo sforzo, ora di *Brasserie*, ora di Cass. Sez. Un. 500/99, di individuare a livello oggettivo una serie di elementi destinati ad agire come presupposti o condizioni per il riconoscimento di una responsabilità del soggetto pubblico, che non discenda sempre e comunque in modo automatico dalla mera illegittimità del suo operato: il che significa, non volendo discorrere di una responsabilità oggettiva, che può accedersi alla nozione di colpa oggettivizzata, pure propugnata in dottrina¹⁵⁴.

Ed essendo identici i parametri per delimitare la colpa, siamo in presenza dell’adozione di uno stesso modello che non è oggetto di un semplice

¹⁵⁴ LAZARI, *La responsabilità del legislatore nazionale nel contesto comunitario. L’Ulisse incatenato e la tela di Penelope*, in *Contratto impr. Europa*, 2009, 576.

trapianto giuridico da un ordinamento all'altro ma di una *cross-fertilization*. Nel senso che si tratta con tutta probabilità della *faute de service* francese che, adottata sia dalla Corte di giustizia in *Brasserie* e da Cass. Sez. Un. 500/99, ritorna nella concettualizzazione operata della pronuncia del Consiglio di Stato in parola. Con l'esito di contraddire la sbrigativa connotazione in termini semplicemente oggettivi che talora si offre della responsabilità in parola e con la prova della dinamicità della circolazione dei modelli del diritto civile europeo¹⁵⁵.

In questo modo, insomma, il supremo Giudice amministrativo perviene ad un'angolazione prospettica inedita per la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia: il perdurante ancoramento della responsabilità anche al requisito della colpa (o del dolo) non costituisce violazione dei principi del diritto europeo in materia, rappresentando piuttosto soltanto la conseguenza dell'applicazione delle coordinate entro le quali la predetta responsabilità è inquadrata nell'ordinamento interno. Una vera e propria affermazione di responsabilità oggettiva potrebbe invece, sempre secondo i Giudici di Palazzo Spada, dirsi limitata alla disciplina europea specifica in materia di ricorsi giurisprudenziali in materia di procedure di aggiudicazione, in ragione soprattutto della tensione della Corte all'effettività della tutela in un settore oggetto di particolare attenzione da parte delle istituzioni europee in virtù della sua incidenza sul corretto funzionamento del mercato e della concorrenza¹⁵⁶.

Stando ad un attento esame della giurisprudenza della Corte europea, nel settore degli appalti pubblici il risarcimento assolve più una funzione "riparatorio-compensativa" o sanzionatoria più che "retributiva", ossia di ristoro patrimoniale di un pregiudizio patito, e quindi – per converso – devono trovare applicazione, in tutti gli altri casi, i comuni principi enunciati dalla stessa Corte in tema di colpa.

¹⁵⁵ LAZARI, *op. cit.*, 580.

¹⁵⁶ Il dibattito sull'elemento soggettivo necessita ancora di un assetto definitivo. In materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, la Corte di giustizia (sez. III, 30 settembre 2010, C-314/09, *Graz Stadt*), ha infatti precisato che il diritto dell'U.E. "osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad avere un risarcimento (...) al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di *colpevolezza* in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità di far valere le proprie capacità individuali, e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata".

In conclusione, secondo il Consiglio di Stato il diritto italiano non contraddice quello europeo quanto alla necessità di accertare l'elemento della colpa della p.a..

Sotto altro profilo, quanto alla sussistenza nel caso di specie della colpa, il Consiglio sottolinea che una disposizione della direttiva, che la Yesmoke assumeva violata, prevede che “...I produttori (...)stabiliscono liberamente i prezzi massimi di vendita al minuto di ciascuno dei loro prodotti per ciascuno Stato membro in cui sono destinati ad essere immessi in consumo”; aggiunge però che detta previsione “non osta, tuttavia, all'applicazione delle legislazioni nazionali sul controllo del livello dei prezzi imposti, sempreché siano compatibili con la normativa comunitaria”. Talché, nella determinazione del prezzo di vendita delle sigarette, non poteva dirsi escluso completamente un intervento autoritativo dei legislatori e delle pubbliche amministrazioni nazionali¹⁵⁷.

Emerge perciò che non è esclusa la possibilità di applicare un regime normativo di “prezzi imposti”, e nemmeno discutibile è la legittimità degli obiettivi della normativa nazionale, potendosi censurare soltanto le modalità e gli strumenti tecnici con cui l'Amministrazione italiana ha proceduto; il che basta a far ritenere scusabile l'errore di diritto in cui la medesima Amministrazione è incorsa, e pertanto non sussistente nella specie, neanche sotto questo secondo profilo, la sussistenza di un illecito idoneo a valutare positivamente la domanda risarcitoria.

La pretesa della Yesmoke Tobacco S.p.a. è stata perciò ritenuta inaccoglibile anche nel merito. In termini di autonomia procedurale, pare che il Giudice italiano abbia fatto buon uso della regola generale del riparto di competenze ed espresso rispetto dei limiti procedurali dell'effettività e dell'equivalenza senza rinunciare a contribuire allo sviluppo dell'argomento.

2.5 Il risarcimento per le vittime di reati intenzionali violenti

Un'altra ipotesi italiana di responsabilità dello Stato-legislatore è quella

¹⁵⁷ Difatti, sempre in *Graz Stadt*, la Corte di giustizia ha ritenuto che la normativa italiana in materia di prezzo minimo fosse confliggente col diritto comunitario non già per il fatto di esistere in quanto tale, ma siccome strutturata “in modo tale da escludere, in ogni caso, che risulti pregiudicato il vantaggio concorrenziale che potrebbe risultare, per taluni produttori o importatori di prodotti siffatti, da prezzi di costo inferiori e che, pertanto, si produca una distorsione della concorrenza”.

dell'omesso adempimento, da parte dello Stato Italiano, agli obblighi imposti dalla Direttiva 2004/80/CE del 29 aprile 2004, avente ad oggetto il risarcimento delle vittime di reati violenti ed intenzionali, che ha stabilito un sistema di cooperazione volto a facilitare alle vittime di reato l'accesso all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere¹⁵⁸.

La direttiva in parola incorpora il principio per cui le vittime di reato nell'Unione europea dovrebbero avere il diritto di ottenere un indennizzo equo e adeguato per le lesioni subite, indipendentemente dal luogo dello spazio europeo in cui il reato è stato commesso.

Il richiedente ha diritto a presentare la domanda presso un'autorità o qualsiasi altro organismo di quest'ultimo Stato membro, *ex art. 1* della direttiva, volto proprio a prevedere che è indifferente che lo Stato membro, ove è stato commesso il reato, sia corrispondente a quello in cui il richiedente l'indennizzo risiede abitualmente; inoltre, è espressamente disposto che tutti gli Stati membri provvedono a che le loro normative nazionali garantiscano l'esistenza di un sistema di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori, che sancisca una compensazione equa ed adeguata delle vittime.

Una cittadina rumena, vittima di violenze e stupri ripetuti, citava in giudizio la Presidenza del Consiglio dei Ministri italiana, contestando l'inadempimento a detto obbligo dinanzi al Tribunale di Torino.

Osservava che l'Italia, nonostante la procedura d'infrazione avviata dalla Commissione Europea e definita con la condanna dell'Italia stessa, non aveva ancora predisposto la necessaria tutela rimediabile, a favore delle vittime di reati violenti intenzionali.

La vittima domandava la condanna dello Stato, rappresentato dalla Presidenza del Consiglio, al risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, patiti a causa della "mancata e/o non corretta e/o non integrale attuazione", dato che i responsabili della violenza, entrambi di origine rumena, si erano resi latitanti nel corso del processo penale.

Articolata è stata la difesa dell'Italia da parte dell'Avvocatura dello Stato.

¹⁵⁸ Cfr. ATTADEMO, *Mancato risarcimento della vittima della violenza e responsabilità dello Stato*, nota a Trib. Torino, III, 23 gennaio 2012 n. 106, in *Corr. Merito*, 2010, 936.

Segnatamente, si evidenziava che l'invocato art. 12, par. 2, della direttiva non contiene un preciso elenco dei reati cui ricollegare l'obbligo di indennizzo né criteri volti a stabilire le modalità della tutela risarcitoria.

La direttiva, piuttosto, si limita ad indicare il duplice criterio dell'intenzionalità e della natura violenta del crimine e spetta perciò al solo legislatore dello Stato membro decidere quali fattispecie di reato possano essere oggetto di indennizzo.

Da questo punto di vista, andava anzi affermato che i soli casi in cui la vittima di un reato violento ed intenzionale poteva rivolgersi allo Stato Italiano, ed in cui lo Stato era tenuto al pagamento di un indennizzo, erano solo quelli già espressamente previsti dalla legislazione italiana, laddove beninteso la vittima non fosse riuscita ad ottenere il risarcimento dei danni direttamente da parte dell'autore del reato stesso. Donde la richiesta del rigetto della domanda attorea.

Con sentenza del 4 maggio 2010, il Tribunale di Torino ha dato atto del carattere incontestato dei fatti di causa, oggetto di sentenza penale di primo e secondo grado e provati dalla documentazione in atti.

Per il Giudice è dirimente che l'autore del reato non detenga le risorse necessarie per ottemperare a una condanna al risarcimento dei danni oppure non possa essere identificato o perseguito: in tal caso, difatti, è pienamente realizzata la condizione per cui la vittima non possa ottenere il risarcimento dall'autore del reato.

Il Giudice torinese ha perciò verificato se lo Stato abbia o meno trasposto con sufficiente esattezza la direttiva 2004/80/CE a fronte della mancata previsione di un sistema indennitario per le vittime di violenza sessuale.

Precisato che il comma 2 dell'art. 12 predispone l'obbligo per gli Stati membri di istituire a favore delle vittime di reati intenzionali violenti un meccanismo di *compensation* tale da garantire una copertura risarcitoria, rivolta a tutti i cittadini europei vittime di reati violenti intenzionali da parte dello Stato di appartenenza/residenza, il Giudice afferma che l'Italia non si è adeguata a tale normativa nei termini assegnati, anche in virtù di sentenza con cui la Corte di Giustizia ha accertato, con sentenza del 29 novembre 2007, che l'Italia non

aveva adottato nel termine prescritto le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per adeguarsi alla direttiva.

Il Tribunale soggiunge, poi, che il d.lgs. n. 204/2007, provvedimento disciplinante solo gli aspetti formali della procedura nel presupposto che siano già altrimenti individuati i reati intenzionali e violenti cui ricollegare il sistema d'indennizzo, non ha integrato le previsioni richieste, contrariamente alla prospettazione dello Stato Italiano: non è cioè avvenuto il recepimento integrale richiesto. La tutela risarcitoria in questione è ammessa dal decreto legislativo richiamato solo allorché nel territorio di uno Stato membro dell'Unione europea sia stato commesso un reato che dà titolo a forme di indennizzo previste in quel medesimo Stato e non già per tutti i reati intenzionali violenti come invece pare imporre la lettera della direttiva.

Siamo dunque nell'ambito di una "zona grigia", quella della trasposizione tempestiva ma carente o incompleta, secondo un determinato esito interpretativo (quello – scontato – per cui fra i reati intenzionali violenti è compresa la violenza sessuale): ove, in ogni caso, proprio perché entra in gioco un processo interpretativo pur minimo del carattere grave e manifesto della violazione, più controverso e opinabile diventa il concreto fondamento dell'illecito euro-unitario¹⁵⁹.

Ecco che il Tribunale di Torino riconosce in questo caso la responsabilità dello Stato-legislatore in quanto ricorrono nel caso di specie i requisiti, richiesti dalla direttiva, del carattere violento ed intenzionale del reato e quello dell'impossibilità di poter ottenere il ristoro del danno dagli autori del reato e sussistono, inoltre, tutti i presupposti per l'attuazione della tutela risarcitoria collegata alla mancata attuazione di una disposizione europea, secondo quanto stabilito dalla Corte di giustizia e ciò in quanto: 1) il risultato prescritto dalla direttiva 2004/80 implica l'attribuzione di diritti a favore dei singoli; 2) il contenuto nella direttiva può essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva stessa; 3) sussiste il nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi.

Secondo il giudice torinese permane l'inadempimento dello Stato italiano nel

¹⁵⁹ A differenza che in casi sussumibili nel novero di *Dillenkofer*, di violazioni *in re ipsa*, per i quali potrebbe essere richiamato il principio *in claris non fit interpretatio*.

dare attuazione alla direttiva, sia con riguardo all'istituzione di un sistema di indennizzo che garantisca tutela in relazione a tutti i reati intenzionali violenti, come prescritto dalla direttiva in modo inequivoco, sia con riguardo alla previsione di un sistema che determini i criteri per garantire un equo ed adeguato indennizzo.

Nessuna norma di diritto interno riconosce, infatti, il diritto al risarcimento per reati intenzionali violenti diversi da quelli già regolamentati dallo Stato prima ancora dell'entrata in vigore della direttiva, disattendendo il chiaro disposto dell'art. 12 della direttiva, la quale non pare attribuire agli Stati nazionali il potere di scegliere i singoli reati intenzionali violenti che possono formare oggetto di risarcimento, ma anzi impone loro di prevedere un meccanismo indennitario per tutti i reati intenzionali violenti e dunque anche per i reati di violenza sessuale, reati contro la persona di evidente natura violenta ed intenzionale.

Il Tribunale mostra poi di aderire all'orientamento delle sezioni unite n. 9147 del 2009 sulla natura giuridica dell'illecito del legislatore: anche per il giudice torinese, dunque, in caso di omessa o tardiva trasposizione da parte del legislatore italiano nel termine prescritto delle direttive comunitarie sorge il diritto degli interessati al risarcimento dei danni che va ricondotto allo schema della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione *ex lege* dello Stato. Detta responsabilità contrattuale ha natura indennitaria, riguardando il compimento di attività non antiggiuridica; il risarcimento è un credito di valore, non dipende dalla sussistenza del dolo o della colpa e deve essere determinato, con gli strumenti previsti dall'ordinamento interno, in modo da garantire al danneggiato un'adeguata compensazione della perdita subita in ragione del ritardo oggettivamente apprezzabile, rappresentando il denaro soltanto l'espressione monetaria dell'utilità sottratta al patrimonio.

Sotto il profilo della quantificazione del danno, il giudice torinese precisa che il risarcimento ai sensi della citata direttiva deve essere adeguato al fine di consentire un'effettiva riparazione (la direttiva parla di un indennizzo equo ed adeguato delle vittime), con criteri non meno favorevoli di quelli che si applicano a richieste analoghe fondate su violazioni di diritto interno, e ciò in

ossequio al principio di equivalenza.

Elaborando tali scarse indicazioni, l'organo giudicante ha condannato lo Stato italiano liquidando la somma di euro 90.000, al lordo degli interessi legali e della rivalutazione monetaria¹⁶⁰.

Avverso la suddetta sentenza del Tribunale di Torino ha proposto appello la Presidenza del Consiglio dei Ministri, chiedendone la nullità e, in subordine, la sua integrale riforma, con rigetto della domanda risarcitoria in quanto infondata.

Stando all'Avvocatura dello Stato, il par. 2 dell'art. 12 della direttiva 2004/80/CE non effettua una puntuale ricognizione delle singole fattispecie di reato cui riconnettere l'obbligo di indennizzo, né fornisce criteri volti a determinare la misura equa della somma da riconoscersi alle vittime, limitandosi ad enunciare il duplice criterio della intenzionalità e della natura violenta del crimine. La norma europea non sarebbe dunque direttamente applicabile, ma necessita, al contrario, dell'intermediazione dell'Autorità pubblica statale: la selezione delle fattispecie indennizzabili e dei criteri in base ai quali quantificare l'indennizzo compete ai singoli Stati membri.

La conformità dell'ordinamento italiano rispetto agli obblighi unitari non può essere perciò messa in dubbio. L'Italia ha già determinato le fattispecie delittuose che ammettono la possibilità di adire lo Stato a fini indennitari: ad esempio, la legge n. 512 del 1999 istitutiva del cosiddetto fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso. Soltanto in tali ipotesi la vittima di un reato violento ed intenzionale potrà rivolgersi allo Stato laddove non sia riuscita ad ottenere il ristoro dei danni da parte dell'autore del reato. La tipizzazione dei casi di indennizzo statale per reati intenzionali violenti rimasti privi di risarcimento imporrebbe, sotto questa specola, di rispettare un ambito di esclusiva pertinenza nazionale.

¹⁶⁰ Critica nei confronti di tale esito condannatorio è SCIARRINO, *La responsabilità civile dello Stato*, cit., 123: "questa decisione sembra discutibile almeno sotto due profili: la natura di atto lecito della violazione del diritto dell'Unione (quando l'analoga responsabilità verso i cittadini per violazione del diritto dell'Unione, ossia la responsabilità degli organi europei, è sempre stata considerata da atto illecito, così come è tale, ai sensi della legge 117/88, quella dello Stato-giudice) ed il riconoscimento di un indennizzo invece che di un risarcimento (sempre integralmente comprensivo dell'intero danno subito), con una sostanziale violazione del principio di non discriminazione (solo formalmente richiamato dal giudice torinese) delle posizioni giuridiche soggettive di matrice europea rispetto a quelle analoghe di diritto interno". Secondo l'Autrice si tratterebbe comunque di problematiche inerenti la pedissequa adesione all'orientamento espresso da Cass. Sez. Un. 9147/2009.

La Corte d'appello, nel risolvere la controversia, ha chiarito che il legislatore europeo esige che ogni Stato membro sia dotato di un sistema di indennizzo delle vittime dei reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori. L'impianto della direttiva ha valore omnicomprensivo e l'indennizzo deve riguardare le vittime di tutti i reati intenzionali violenti, non le vittime di alcuni di tali reati. Così, per quanto rilevante possa essere che l'Italia abbia tutelato e tuteli le vittime del disastro aereo di Ustica, o le vittime di usura o dei reati di tipo mafioso, ciò non equivale a dire che abbia adempiuto all'obbligo comunitario di dotarsi di un sistema di indennizzo delle vittime di tutti i reati intenzionali violenti commessi nel suo territorio. E quindi anche, per quanto qui particolarmente interessa, delle vittime di reati di violenza sessuale.

I giudici respingono poi l'assunto secondo cui l'art. 12 non sarebbe di diretta applicabilità: la norma impone ai singoli Stati membri di provvedere a che le loro normative nazionali prevedano l'esistenza di un sistema di indennizzo; non lascia discrezionalità sulla portata dell'obbligo. Di conseguenza, "si potrà discutere se un certo reato sia intenzionale violento o meno, ma non che rientri in tale categoria la violenza sessuale". La discrezionalità dei singoli Stati potrà semmai attuarsi nello stabilire la misura equa ed adeguata di un indennizzo per tale reato, come per gli altri reati intenzionali violenti.

Sotto tale profilo, sembrano criticabili tanto la posizione dell'Avvocatura quanto quella del Tribunale. Infatti la direttiva è per definizione non direttamente applicabile, in quanto necessita dell'applicazione di un meccanismo di adattamento nazionale per produrre effetti. Altro, semmai, è l'effetto diretto che può essere riconosciuto alle disposizioni delle direttive dotate di carattere chiaro, preciso e incondizionato.

Orbene, il *busillis* sta proprio nell'attribuzione di dette caratteristiche, inerenti l'effetto diretto, alla disposizione della direttiva che allude alla garanzia indennitaria statale per tutti i reati intenzionali violenti: se è infatti indiscutibile e opportuno ricomprendere in detta previsione la violenza sessuale, va rimarcato, su un piano generale, che le nozioni di violenza e intenzionalità non sembrano sottoponibili alla logica stringente dell'effetto diretto, declinata in termini di chiarezza, precisione e incondizionatezza. La responsabilità da

carente trasposizione di direttive lascia dunque potenzialmente all'interprete un margine di manovra significativo quando vengono in esame nozioni strutturalmente connotate da un tasso di vaghezza linguistica.

Sotto il profilo della quantificazione, la Corte ha rilevato, in generale, che chi agisce in giudizio nei confronti dello Stato per violazione del diritto dell'Unione ha diritto ad un "indennizzo" secondo quanto chiarito dalla sentenza 17 aprile 2009 n. 9147 delle Sezioni Unite della Cassazione.

L'indennizzo, tuttavia, non può essere un pieno risarcimento del danno, diversamente da quanto pare essere stato deciso dal primo Giudice con il richiamo per la liquidazione "a criteri non meno favorevoli di quelli che si applicano a richieste analoghe fondate su violazioni di diritto interno".

In ragione della natura indennitaria e non risarcitoria della tutela offerta alla vittima, i giudici del gravame – facendo ricorso al canone equitativo – hanno quindi ridotto la liquidazione effettuata in primo grado da novantamila a cinquantamila euro¹⁶¹.

I punti problematici sollevati dall'Avvocatura dello Stato non sembrano però del tutto chiariti: né in ordine alla questione relativa alla portata della direttiva 2004/80 ed al suo ambito oggettivo, né con riferimento al tema dell'immediata capacità della direttiva stessa di costituire una base idonea a determinare con precisione i concetti di vittima, di reato intenzionale violento e di risarcimento o indennizzo né, infine, in ordine ai criteri di quantificazione dell'indennizzo-risarcimento spettante alla vittima.

Un contributo chiarificatore della Corte di Giustizia sull'ambito di applicazione della direttiva 2004/80 si rivela quanto mai opportuno. Ed infatti, "se la Cassazione dovesse essere chiamata ad affrontare la vicenda, non potrebbe sottrarsi all'obbligo del rinvio pregiudiziale che incombe sul giudice di ultima istanza ai sensi dell'art. 267 par. 3 T.F.U.E.¹⁶²".

3.1 L'approccio spagnolo alla responsabilità europea

Nell'ordinamento spagnolo la responsabilità dei pubblici poteri vive da alcuni

¹⁶¹ Ritiene arbitraria la distinzione fra natura indennitaria e natura risarcitoria della responsabilità ROPPO, *Appunti in tema di illecito "comunitario" e illecito "costituzionale"* del legislatore, in *Danno Resp.*, 1998, 961 s..

¹⁶² alla stregua dei principi affermati dalla sentenza Cilfit (CGE, 6 ottobre 1982, *Racc.*, 1982, 3415).

anni un momento di particolare dinamismo¹⁶³. La natura espansiva che la giurisprudenza riconosce tradizionalmente alla responsabilità, in virtù soprattutto della sua caratterizzazione marcatamente oggettiva, ha comportato una considerevole espansione del contenzioso, sicché cominciano ad essere interessate aree inizialmente esenti. In particolare, molto è stato scritto in dottrina circa la possibilità di risarcire il danno cagionato sia nell'ambito dell'attività del legislatore (Parlamento europeo e parlamenti regionali) sia da parte della magistratura (pur limitata, in questo caso, ai casi di errore giudiziario e anormale funzionamento dell'amministrazione della giustizia): deducendosi perciò la responsabilità dello Stato legislatore e la responsabilità del giudice statale anche per violazione del diritto europeo.

Dal punto di vista normativo, il riferimento di partenza è l'art. 139.3 della legge 30/1992, L.R.J.A.P.-P.A.C. (ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común), che prevede che "Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (vengono in tal modo enunciati i caratteri di una responsabilità sussistente su base puramente causale ed oggettiva, n.d.r.). En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (specificità, individuazione e carattere esclusivamente patrimoniale sono dunque i caratteri del danno occorso nel rapporto con la pubblica amministrazione, n.d.r.). Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de

¹⁶³ ALONSO GARCIA, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del derecho comunitario*, Madrid, 1997; COBREROS MENDAZONA, *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, 1994, Madrid; FAIRGRIEVE, *State liability in tort: a comparative law study*, Oxford, 2003; FAIRGRIEVE, ANDENAS, BELL (eds.), *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, London, BIICL, 2002; GRANGER, *National applications of Francovich* cit., 157 s.; GUICHOT, *La responsabilidad extracontractual de los poderes publicos segun el Derecho Comunitario*, Valencia, 2001; PÉREZ GONZÁLEZ, *Responsabilidad del estado frente a particulares por incumplimiento del derecho comunitario*, Valencia, 2001.

soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos: attraverso tale disposizione si prevede espressamente la possibilità di risarcire il danno derivante dall'applicazione di atti legislativi di natura non ablatoria cagionati *non iure*, ove cioè non sussista il dovere di sopportarli.

La norma è però pleonastica nella misura in cui prevede che il risarcimento derivante da responsabilità del legislatore è espressamente sottoposto ad un'esplicita previsione legislativa, ossia della stessa legge che eventualmente determini un danno, ed alle sue specifiche disposizioni: si tratta perciò di una norma evidentemente programmatica. Inoltre pare evidente il contrasto con la previsione costituzionale di cui all'art. 9.3. per cui "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

La disciplina *de qua* è tuttavia particolarmente importante, specie se riferita al panorama europeo: essa fa dipendere la responsabilità patrimoniale dello Stato derivante dall'esercizio di attività legislativa dalla dichiarazione d'incostituzionalità di una norma. Anzi, la dichiarazione d'incostituzionalità di una norma è il criterio in base al quale affermare l'antigiuridicità del danno (intesa in Spagna in senso analogo all'ingiustizia del danno italiana) causato dalla legislazione incostituzionale, affermandosi che non sussiste il dovere di sopportare detto pregiudizio, ove reale ed effettivo¹⁶⁴. Addirittura, con affermazione che prende le mosse dalla sentenza *Lucchini* della Corte di giustizia, l'acquisizione dell'autorità di cosa giudicata non impedisce l'esercizio dell'azione diretta a ottenere l'indennizzo dei pregiudizi causati dalla norma dichiarata incostituzionale¹⁶⁵.

Detta norma programmatica è stata perciò in seguito superata, a partire dal 1990, grazie a pronunce con cui il *Tribunal Supremo* e il *Tribunal*

¹⁶⁴ Così da ultimo *Tribunal Supremo*, 11 ottobre 2011, Rec. Ordinario 687/2009, <http://www.poderjudicial.es/tribunalsupremo>.

¹⁶⁵ *Tribunal Supremo*, 14 giugno 2012, Rec. Ordinario 122/2010, <http://www.poderjudicial.es/tribunalsupremo>.

Constitucional hanno espressamente riconosciuto che è indifferente la previsione di un'espressa clausola di responsabilità per il ristoro dei danni all'interno di una legge. Attualmente, la giurisprudenza spagnola riconosce sia una forma di responsabilità senza colpa, ovvero per attività costituzionalmente legittima, sia una vera e propria forma di responsabilità per atto illecito, in caso di condotta (attiva o omissiva) incompatibile con la Costituzione.

Di conseguenza, l'applicazione della dottrina *Francovich* in Spagna si è rivelata meno problematica, e accolta dalla dottrina maggioritaria come un logico corollario dei principi di primato e applicabilità diretta del diritto dell'Unione, secondo la nota formula ripetutamente invocata a partire dalla sentenza *Brasserie*. Mancando una disciplina legislativa specificamente riguardante la responsabilità derivante da atto normativo contrario al diritto dell'Unione, si applica il regime relativo alle conseguenze, in termini patrimoniali, della dichiarazione di incostituzionalità di una legge, in ragione di quanto disposto negli artt. 93 e 96.1 Cost., ed in applicazione del principio di integrazione del diritto dell'Unione negli ordinamenti giuridici interni degli Stati membri. Segnatamente, l'articolo 96 della Costituzione spagnola prevede che i trattati internazionali validamente stipulati, una volta pubblicati ufficialmente in Spagna, diventano parte della legislazione nazionale ("I trattati internazionali stipulati in modo valido, una volta pubblicati ufficialmente in Spagna faranno parte del suo ordinamento interno. Le loro disposizioni potranno essere derogate, modificate o sospese solo nella forma prevista dai trattati stessi, o secondo le norme generali del diritto internazionale").

Per questo motivo, qualsiasi normativa proveniente da un'organizzazione sovranazionale, di cui la Spagna è diventata membro, va rispettata ed applicata come se fosse diritto interno. Il diritto dell'Unione europea non è un'eccezione e l'adesione ai Trattati istitutivi della Comunità Europea prima ed oggi al Trattato sull'Unione Europea ed al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea implica l'adeguamento e l'applicazione di tali norme.

3.2 La compatibilità europea del regime spagnolo di limitazione della responsabilità del

legislatore.

Il principio di equivalenza, a mente del quale il sistema procedurale interno di responsabilità dello Stato non deve ingenerare disparità di trattamento con il funzionamento di corrispondenti mezzi di tutela di diritto interno, è stato il mezzo attraverso il quale la Corte di giustizia ha sindacato la congruenza del sistema spagnolo con le regole europee¹⁶⁶: l'analisi della sentenza per mezzo della quale ciò è avvenuto, nel caso *Transportes Urbanos*, permette però di osservare quanto intrecciato e potenzialmente contraddittorio sia il rapporto fra il principio di equivalenza e il principio di effettività.

Con sentenza del 2005¹⁶⁷, la Corte di giustizia ha dichiarato l'incompatibilità, con gli artt. 17, nn. 2 e 5, e 19 della direttiva 77/388/CEE, delle limitazioni della detraibilità dell'IVA previste dalla legge spagnola n. 37/1992.

La *Transportes Urbanos*, che aveva effettuato talune autoliquidazioni d'imposta per gli esercizi 1999 e 2000 conformemente alla legge n. 37/1992, non si è avvalsa della possibilità di chiedere la rettifica delle stesse autoliquidazioni prevista dalla legge fiscale generale n. 58/2003, anche dal momento che il diritto di chiedere la rettifica era prescritto alla data in cui la Corte ha pronunciato la citata sentenza Commissione/Spagna: la prescrizione del diritto di chiedere la rettifica è cioè intervenuta prima della pronuncia comunitaria che ha condannato la Spagna per la previsione di detta limitazione alla detraibilità.

Nei confronti dello Stato spagnolo la *Transportes Urbanos* ha quindi avviato un'azione di responsabilità dinanzi al Consiglio dei Ministri, secondo il regime procedurale statale, chiedendo la condanna ad un risarcimento pari ad oltre un milione di euro a causa della violazione, da parte del legislatore spagnolo, di detta direttiva, violazione constatata alla Corte con la citata sentenza Commissione/Spagna. Tale cifra equivaleva ai versamenti dell'IVA indebitamente riscossi dall'amministrazione fiscale spagnola ed ai rimborsi che la società avrebbe potuto esigere per tali esercizi.

La decisione del Consiglio dei Ministri, adito in base al regime procedurale nazionale, si è basata sulla mancata presentazione nei termini, da parte della

¹⁶⁶ CGE, 26 gennaio 2010, C-118/08, *Transportes Urbanos*.

¹⁶⁷ CGE, 6 ottobre 2005, causa C-204/03, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-8389).

Transportes Urbanos, della domanda di rettifica di dette autoliquidazioni. In tal modo sarebbe venuto meno il nesso di causalità diretto tra la violazione del diritto dell'Unione contestata allo Stato spagnolo ed il danno asseritamente subito da detta società. Con decisione del 12 gennaio 2007, il Consiglio dei Ministri, ha perciò respinto la domanda della *Transportes Urbanos*.

Il rigetto trae conferma da due decisioni del *Tribunal Supremo*, del 29 gennaio 2004 e del 24 maggio 2005, secondo cui il previo esaurimento dei rimedi, amministrativi e giurisdizionali, nei confronti dell'atto amministrativo dannoso, è pregiudiziale alla dichiarazione di responsabilità per violazione del diritto dell'Unione¹⁶⁸. Si tratta di un orientamento tradizionale, effettivamente tenuto dal *Tribunal Supremo*, incline a valorizzare l'esigibilità di una diligente e tempestiva difesa dei propri interessi da parte del soggetto danneggiato.

Avverso detta decisione di rigetto del Consiglio dei Ministri, la *Transportes Urbanos* ha esperito ricorso dinanzi al *Tribunal Supremo*.

In detta sentenza, la Corte suprema prende atto che secondo le citate sentenze del 29 gennaio 2004 e del 24 maggio 2005, l'esercizio di un'azione di responsabilità nei confronti dello Stato fondata sul carattere incostituzionale di una legge non è soggetto, contrariamente alla medesima azione fondata sull'incompatibilità di tale legge con il diritto dell'Unione, ad alcuna condizione di previo esaurimento dei rimedi dell'atto amministrativo che arreca pregiudizio, fondato su tale legge. Donde l'opportunità di sollevare una questione pregiudiziale interpretativa alla Corte di giustizia europea circa la compatibilità europea di tale regola spagnola, nell'ambito di un proficuo dialogo fra Corti.

La Corte di Lussemburgo ha rilevato il contesto normativo comunitario (le norme comunitarie di riferimento coincidono con i capisaldi della disciplina

¹⁶⁸ Si tratta di un'applicazione del concorso del fatto colposo del creditore, per cui se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e le conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

Per unanime riconoscimento di dottrina e giurisprudenza, la fattispecie comprende due ipotesi distinte: quella concernente l'incidenza del comportamento colposo del creditore danneggiato nella determinazione del danno, rilevante ai fini di una proporzionale riduzione del risarcimento del danno secondo l'entità delle colpe e le conseguenze che ne sono derivate; e quella in base a cui, in presenza di un fatto dannoso, imputabile sotto il profilo causale al solo debitore, è esclusa la risarcibilità di quelle conseguenze pregiudizievoli che il creditore avrebbe potuto evitare con il proprio comportamento ordinariamente diligente e successivo all'evento dannoso.

dell'imposta sul valore aggiunto - si tratta degli articoli 17, commi 2 e 5, e 19 della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, e successive modifiche, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari, che prevedono la detrazione dell'IVA assolta a monte per l'acquisizione di beni o servizi inerenti l'attività professionale del soggetto passivo); ha analizzato anche quello spagnolo, limitante il diritto di detrazione della imposta assolta a monte da un soggetto IVA, in maniera ritenuta contraria al diritto dell'Unione anche in base ad espresso pronunciamento della Corte di Giustizia¹⁶⁹.

In fatto ha osservato che il contribuente aveva liquidato il tributo adeguandosi alla norma illegittima, e trascurato di richiedere il rimborso nei termini di legge: egli ha agito solo dopo il riconoscimento dell'illegittimità da parte della Corte di Giustizia e, nella consapevolezza di essere decaduto dall'istanza di rimborso, ha effettuato una richiesta di risarcimento del danno patito per il comportamento illegittimo dello Stato spagnolo, costituente nella adozione di una disposizione contraria agli obblighi comunitari. La giurisprudenza del *Tribunal Supremo* spagnolo, che riconosce il risarcimento del danno solo previo esperimento dei rimedi, amministrativi e giurisdizionali, eventualmente previsti contro l'atto amministrativo emesso in applicazione della legge illegittima, impedisce tuttavia l'effettiva soddisfazione risarcitoria del contribuente.

Nella considerazione di una stabile inerenza del sistema di responsabilità ai Trattati, la Corte ha perciò verificato il rispetto di tale limite procedurale con i canoni consolidati dell'equivalenza e dell'effettività.

Sotto il profilo dell'equivalenza, l'azione di responsabilità nei confronti di quello Stato per violazione della Costituzione costituisce il termine di paragone con i rimedi apprestati dall'ordinamento interno spagnolo per le violazioni del diritto comunitario. La Corte passa perciò ad un'affermazione che, sul piano della responsabilità dei legislatori europei, pare gravida di conseguenze: le due fattispecie sono analoghe, per titolo, la violazione di obblighi normativi sovraordinati alla legge, ed oggetto, il risarcimento del danno; derivandone la ragionevolezza della sottoposizione alla medesima disciplina.

¹⁶⁹ CGUE, 6 ottobre 2005, causa C-204/03, Commissione/Spagna in *Raccolta*, I-8389.

Il requisito del preventivo esaurimento dei rimedi amministrativi e giurisdizionali condiziona però unicamente la richiesta di risarcimento per violazione del diritto comunitario e non quella per violazione del diritto costituzionale spagnolo, che non ne risulta interessato.

Occorre dunque domandarsi se la differenza sia altrimenti giustificabile o proporzionata. Va sottolineato sul punto che l'amministrazione adita o il giudice della controversia potrebbero disapplicare la norma, il che non è possibile per la legge statale, che si dovrebbe considerare costituzionalmente legittima fino a quando non sia annullata nel giudizio di costituzionalità. E' una contro-argomentazione forte e fondata: ch  la stessa Corte di giustizia (come nella sentenza *Dominguez* commentata nella prima parte) prescrive che solo dopo un esito infruttuoso di un tentativo di interpretazione conforme o di disapplicazione pu  ammettersi il risarcimento del danno.

La Corte, in *Transportes Urbanos*, sceglie per  di non percorrere questa strada e si basa unicamente sulla palese differenza strutturale dei due rimedi: per le violazioni del diritto europeo l'ordinamento spagnolo prevede un regime di pregiudizialit  (per cui prima va impugnato l'atto amministrativo lesivo, emesso in forza della legge contraria al diritto comunitario e, solo eventualmente e successivamente, chiesto il risarcimento del danno); per le violazioni costituzionali la pregiudizialit  non   invece prevista ed   quindi pi  ampio e agevole l'accesso alla tutela risarcitoria; talch , in disparte l'ipotesi della disapplicazione, non appare giustificabile la differenza dei due regimi.

Ne consegue che, in forza del principio di equivalenza e senza bisogno di chiamare in causa il principio di effettivit  (che tuttavia emerge nitidamente sullo sfondo del discorso), l'accesso alla tutela risarcitoria per violazioni del diritto comunitario deve essere ammesso sulla base degli stessi presupposti previsti per il diritto costituzionale spagnolo.

Sulla base di tale orientamento pregiudiziale, il *Tribunal supremo* ha rinviato al Consiglio dei Ministri la controversia della *Transportes Urbanos*, imponendo un nuovo principio di diritto, che nega ogni pregiudizialit  amministrativa all'azione risarcitoria nei confronti della Spagna quale Stato membro dell'Unione europea.

A margine della decisione della Corte, va ammesso in termini sia logici che di economia degli strumenti giuridici, che è opportuno che l'azione del danneggiato si diriga immediatamente contro il provvedimento lesivo. La previsione di termini di decadenza per l'esercizio di tali azioni corrisponde, infatti, all'esigenza, altrettanto ragionevole di sollecita definizione dei rapporti giuridici. E' cioè proporzionato che chi lamenti una lesione conseguente a un atto amministrativo adottato in forza di una norma illegittima (costituzionalmente o comunitariamente) soggiaccia all'onere di impugnarlo tempestivamente e, solo successivamente, dopo che il soggetto abbia ottenuto ragione su questo punto, consentirgli l'azione di risarcimento dell'eventuale maggior danno. Se il danno deriva direttamente dal provvedimento, e mediamente dalla legge, appare proporzionato che il primo rimedio esperibile riguardi detto atto.

Va poi accennato che l'omessa considerazione della possibile disapplicazione della norma di legge e dello stesso provvedimento, rispettivamente risalenti a caposaldi dell'*acquis communautaire* come *Costa/Enel* e *Fratelli Costanzo* lascia perplessi. Non sembra insomma, a ben vedere, che un regime che preveda una rigorosa pregiudizialità sia contrario al principio di effettività, per la stessa ragione per cui i Giudici del *Kirchberg* hanno, altresì, reputato che non contrasti con il principio di effettività la sottoposizione delle azioni giurisdizionali di annullamento a rigorosi termini di decadenza¹⁷⁰.

D'altronde la strada percorsa dalla Corte per allargare la tutela spagnola non è stata quella dell'effettività ma quella dell'equivalenza: nondimeno, i due principi sembrano però collocarsi su un terreno accidentato, in cui i punti di riferimento forniti dalla Corte di giustizia sembrano provvisori e bisognosi di salde conferme.

3.3 L'omessa trasposizione di direttive nell'analisi del Tribunal Supremo

In Spagna, similmente all'Italia, il processo di adeguamento agli standard europei soffre di particolare lentezza, con abituale ritardo dei termini di

¹⁷⁰ In tema, ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, OUP, Oxford, 2006, 53 s..

trasposizione delle direttive¹⁷¹.

Un recente caso, affrontato dal *Tribunal Supremo* e risolto con la sentenza, n. 6227/2012 (*Deka Immobilien Investmente*) dà conto da un lato del punto cui l'evoluzione giurisprudenziale della responsabilità comunitaria per carente esercizio di attività legislativa è pervenuta in Spagna; dall'altro contribuisce ad affrontare questioni di respiro europeo, prestando espressa adesione alla giurisprudenza *Transportes Urbanos*. Nella fattispecie¹⁷² il *Tribunal Supremo* ha dichiarato la responsabilità dello Stato, e lo ha condannato a risarcire la società *Deka Immobilien Investmente* per danni causati dalla violazione della direttiva 69/335.

La direttiva in questione riguarda l'istituzione di un sistema armonizzato di tassazione dei conferimenti alle società di capitale, basato sulla regola che le operazioni sottoposte all'imposta sui conferimenti sono tassabili unicamente nello Stato membro sul territorio del quale si trovi la sede della direzione effettiva della società di capitali, al momento in cui hanno luogo dette operazioni.

Quella tedesca era una società regolarmente costituita ai sensi del diritto tedesco, con sede e direzione effettiva a Francoforte e avente per la gestione di fondi immobiliari. Nel gennaio 2003, la società aveva stabilito una filiale in Spagna (DEKA) con l'obiettivo di operare nel territorio spagnolo.

Il *Tribunal Supremo*, in particolare presta piena e completa adesione ai principi di supremazia e di effetto diretto ed ha osservato che la reale validità delle norme europee è collegata all'affermazione della responsabilità civile dello Stato spagnolo in tutti i casi in cui lo Stato non recepisce le normative europee e le sentenze della Corte europea di giustizia europea quali regole vincolanti per la legislazione interna.

L'amministrazione dello Stato ha negato la sussistenza di un nesso di causalità tra la violazione del diritto comunitario imputabile allo Stato membro e il danno, giacché gli atti d'accertamento d'imposta non sono stati oggetto di tempestiva impugnazione.

¹⁷¹ GARRIDO FALLA, *La responsabilidad patrimonial del Estado por actos de Gobierno*, in Baño Leon e Climent Barbera (eds.), *Nuevas perspectivas del Régimen Local. Estudios en Homenaje al Profesor José M. "Boquera Oliver"*, Valencia, 2002, 137-154.

¹⁷² *Tribunal Supremo* n. 6227/2012, <http://www.poderjudicial.es/tribunalsupremo>.

Questo argomento è in contrasto con l'indirizzo¹⁷³, consolidatosi in seno allo stesso *Tribunal Supremo*, a seguito della sentenza della Corte di giustizia *Transportes Urbanos* prima trattata: il consolidamento di un atto amministrativo non impedisce non solo l'azione risarcitoria per violazione della Costituzione ma non produce alcun effetto impeditivo anche per l'azione risarcitoria per violazione del diritto europeo.

Si afferma dunque sotto questo profilo piena sintonia fra la Corte di Lussemburgo e la Suprema Corte civile spagnola e si tratta della seconda affermazione, proveniente da un'istanza giurisdizionale di peso europea, dell'equivalenza di posizioni tutelabili in via risarcitoria contro lo Stato per violazione del diritto dell'U.E. e per violazione della Costituzione: va da sé che ben potrebbero gli altri Stati membri, che non prevedono un sistema formale di indennizzo o risarcimento per responsabilità del legislatore, trarne ogni conseguenza quanto alla doverosa equiparazione fra i due regimi.

In particolare, la circostanza che la dichiarazione di incompatibilità con il diritto dell'U.E. sia emersa dopo il consolidamento dell'atto amministrativo fonte del danno chiarisce che non si possa parlare di interruzione del nesso causale.

La suprema Corte spagnola passa quindi ad esaminare il grado o l'entità della violazione sufficientemente qualificata, *alias* grave e manifesta.

A questo riguardo si precisa che la necessità o l'obbligo d'impugnativa non dovrebbero essere applicabili al caso in esame, dal momento che non è richiesto dalla legge nazionale in materia di responsabilità derivante dalla dichiarazione di incostituzionalità di una norma.

Per analizzare nel merito quando esattamente possa parlarsi di violazione grave e manifesta, la suprema Corte richiama la sentenza *Brasserie du Pecheur*, focalizzando l'attenzione sui noti parametri: la complessità delle situazioni da disciplinare, delle difficoltà di attuazione o interpretazione dei testi e, più in particolare, il margine di discrezionalità di cui dispone l'autore dell'atto; più in particolare, l'ampiezza del potere discrezionale di cui dispongono le istituzioni per l'attuazione, soprattutto per quanto riguarda gli atti normativi che

¹⁷³ *Tribunal Supremo* nn. 373/2006, 149 /2007 e 153/2007, <http://www.poderjudicial.es/tribunalsupremo>.

implicano scelte politico-economiche.

Il *Tribunal* riconosce fra l'altro incidentalmente che il concetto restrittivo di responsabilità dell'Unione, nell'esercizio della sua attività legislativa, si spiega con il fatto che l'esercizio della funzione legislativa non dovrebbe essere ostacolato dalla prospettiva di richieste di risarcimento per danni ogni volta che l'interesse generale dell'Unione richieda misure legislative che possono danneggiare gli interessi degli individui; inoltre, per il fatto che in un contesto normativo caratterizzato dall'esistenza di un ampio potere discrezionale è indispensabile per l'attuazione di una politica comunitaria, la Comunità non può essere ritenuta responsabile a meno che l'istituzione in questione abbia superato in modo palese e grave i limiti propri dell'esercizio dei suoi poteri.

Si richiamano pure la scusabilità o l'inescusabilità, l'errore di diritto, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione europea abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento di misure o prassi nazionali contrari al diritto europeo.

In ogni caso, afferma il *Tribunal*, una violazione del diritto dell'U.E. è sufficientemente grave quando continua nonostante l'emissione di una sentenza che dichiara l'esistenza della presunta violazione, in una pronuncia pregiudiziale o di una giurisprudenza costante della Corte di giustizia in materia, derivante dalla natura del comportamento in questione infrazione.

Nella fattispecie si era in presenza di una manifesta violazione, perché la norma violata dall'art. 20 della legge fiscale e dai relativi provvedimenti attuativi era l'art. 2, paragrafo 1, della direttiva 69/335: una disposizione, quanto alla tecnica di formulazione, non oscura o imprecisa, ma, piuttosto, molto chiara e lineare, senza che si sia presentato o sia stato ipotizzabile alcun margine di apprezzamento da parte del legislatore nazionale ("le operazioni sottoposte all'imposta sui conferimenti sono tassabili unicamente nello Stato membro sul territorio del quale si trova la direzione effettiva della società di capitali al momento in cui hanno luogo dette operazioni").

Chiaro e preciso è insomma l'obiettivo dell'art. 2, comma 1, in quanto le operazioni soggette a dazio è imponibile soltanto nello Stato membro nel cui territorio la sede della direzione effettiva del capitale di rischio nel tempo

vengono eseguite queste operazioni. Senza l'avverbio “unicamente” potrebbe darsi luogo ad un'interpretazione diversa.

Irrilevante è stato ritenuto il fine di lotta all'evasione, ascritto alla normativa spagnola, anche perché in materia fiscale non era in discussione che la sede della direzione effettiva della società fosse collocata in un altro Stato membro.

Escluso infine anche l'errore scusabile e con una motivazione interessante: l'unico caso in cui di errore scusabile si potrebbe parlare, per il *Tribunal*, è quello della necessaria tutela dei diritti fondamentali sanciti in Costituzione, in applicazione della teoria dei controlimiti. I principi della supremazia e dell'efficacia diretta del diritto dell'U.E., in altre parole, escludono la rilevanza dell'ignoranza incolpevole o di una giustificazione ragionevole.

Tanto deriva anche dalla frequente dichiarazione, effettuata da parte giurisprudenza della Corte di giustizia europea, che uno Stato membro non può eccepire difficoltà interne o disposizioni del suo diritto nazionale, neanche di livello costituzionale, per giustificare violazioni degli obblighi e dei limiti derivanti dalle direttive europee. Semmai nella vicenda il rispetto del principio di uguaglianza su base europea, letto come divieto di un'irragionevole disparità di trattamento, impone di non poter fondare alcuna giustificazione e alcun errore scusabile nell'invocazione della lotta contro la frode e l'evasione fiscale.

Notevole infine la circostanza che la condanna dello Stato spagnolo sia stata comprensiva degli interessi di mora: strumento per l'attuazione del principio del risarcimento integrale più volta invocata dalla Corte di giustizia e che una certa lettura della teoria indennitaria, fatta propria ad esempio dalla Corte d'appello Torino nel caso prima accennato, tende a negare.

Sicché l'adesione del *Tribunal* alla dottrina *Francovich* non solo è ampia e completa ma anche particolarmente consapevole e caratterizzata dalla volontà di fornire un concreto apporto alla teoria della responsabilità.

Stessa consapevole adesione la Suprema corte spagnola ha mostrato in un caso particolarmente discusso, *Canal Satélite Digital*¹⁷⁴. La vicenda trae origine dall'adozione in via d'urgenza degli atti legislativi di trasposizione della

¹⁷⁴ *Tribunal Supremo*, 12 giugno 2003 con nota di LAGE, BROKELMANN, *The liability of the Spanish State for Breach of EC law: the Landmark Ruling of the Spanish Tribunal Supremo in the CanalSatelite Digital Case*, in *European law review*, 2004, 530; CASTILLO DE LA TORRE, Nota a sentenza in *Common market law review*, 2004, 41, 1717.

direttiva 95/47, volta a regolare lo sviluppo delle tecnologie televisive satellitari in Europa, successiva di un giorno alla messa in commercio di un nuovo servizio di televisione digitale da parte della *Canal Satélite Digital* (CSD).

Nella sentenza pronunciata il 12 giugno, 2003, il *Tribunal supremo* ha assegnato all'operatore della televisione digitale CSD oltre ventisei milioni di euro di risarcimento per la perdita subita in conseguenza della legislazione emanata in violazione del diritto comunitario, senza ricorrere a una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia europea ed in assenza di una sentenza di condanna da parte di quest'ultima.

Nella fattispecie, CSD aveva lanciato un nuovo servizio di televisione digitale via satellite in Spagna. Appena in giorno dopo il suo lancio commerciale, il governo spagnolo ha emanato una legislazione di emergenza al fine di trasporre la direttiva urgente del Consiglio 95/47 nel diritto spagnolo. La legislazione attuata ha regolato le specifiche tecniche per i sistemi di accesso condizionato utilizzati nei decoder per la televisione digitale e previsto una procedura di omologazione nazionale per tali decoder.

La nuova normativa ha condizionato l'accesso al sistema, per gli operatori di servizi televisivi, alla registrazione presso l'autorità delle telecomunicazioni spagnola: segnatamente, i *decoder* dovevano rispettare un sistema di omologazione e i distributori ottenere una certificazione preventiva per commercializzare questi prodotti. L'iscrizione nel registro dell'autorità di regolamentazione venne disposta a seguito di apposito procedimento amministrativo e la nuova legge qualificava come illecito "molto grave" la commercializzazione dei *decoder* senza previa certificazione di conformità.

Appena entrata in vigore la legge, il ministero per le telecomunicazioni ha avviato una procedura d'infrazione amministrativa dopo aver constatato che per i decoder di CSD mancava detta certificazione; pur in difetto di un prosieguo della procedura di infrazione, l'effetto della procedura di infrazione è stato devastante perché tutti gli ipermercati, che erano i principali canali di distribuzione per i CSD, hanno successivamente rifiutato di commercializzare ulteriormente il nuovo prodotto dell'emittente fino a quando la situazione giuridica che concerne i suoi *decoder* fosse stata definitivamente chiarita.

Si è creato un notevole grado di incertezza sul mercato per quanto riguarda la regolarità delle operazioni di *CSD*, che alla fine ha indotto i consumatori ad astenersi dall'abbonarsi alla relativa piattaforma di televisione digitale.

Sebbene *CSD* fosse certa circa l'incompatibilità della legge con il diritto dell'U.E., ha richiesto la registrazione dei suoi *decoder*, fabbricati in Belgio e nel Regno Unito. L'autorità di regolamentazione, tuttavia, ha respinto la domanda dell'impresa, ritenendo che i *decoder* non rispettassero le specifiche tecniche della nuova legislazione.

CSD ha perciò presentato una denuncia contro la Spagna dinanzi alla Commissione europea sostenendo che detto Stato aveva violato le libertà fondamentali di circolazione delle merci, in violazione manifesta degli artt. 28 e 49 del trattato CE, ostacolando la commercializzazione dei *decoder* legalmente fabbricati e commercializzati in altri Stati membri, nonché della direttiva 83/189. Dopo diversi contatti informali con il governo, il commissario responsabile del settore ha inviato una lettera al ministro spagnolo responsabile per le telecomunicazioni, delineando gravi obiezioni della Commissione per la procedura di omologazione introdotta dalla nuova normativa, a causa della sua incompatibilità con l'articolo 28 Tr. CE e la violazione della direttiva 83/189.

Atteso il rifiuto del governo di reagire, la Commissione ha formalmente avviato una procedura d'infrazione ai sensi dell'art. 226 Tr. CE, con l'invio di una lettera di diffida alla Spagna.

Al ricevimento di osservazioni, la Commissione ha inviato un parere motivato, in cui ha affermato che le regole suddette erano contrarie agli artt. 28 e 49 del trattato ed evidenziato una violazione dell'art.8 della direttiva 83/189, per mancata comunicazione alla Commissione della regola tecnica in questione, nonché dell'Art. 4, lett. c, della direttiva 95/47. Il governo ha reagito modificando parzialmente la legge 17/1997 mediante un decreto legge e questa modifica legislativa ha indotto la Commissione a chiudere la procedura d'infrazione contro la Spagna.

Azionata in seguito la pretesa risarcitoria contro lo Stato spagnolo e giunta la controversia all'esame del *Tribunal supremo*, questo ha ritenuto integrate tutte le

condizioni richieste: la presenza di una norma attributiva di diritti, la violazione grave e manifesta ed il nesso di causalità tra la violazione e il danno. La decisione pare interessante poiché, sebbene l'infrazione sia stata oggetto di accertamento molto tempo l'evento di danno, il carattere grave e manifesto della violazione e la sussistenza di un nesso di causalità sono stati ritenuti integrati. Lo Stato spagnolo è stato ritenuto responsabile per il fatto di aver ostacolato la libertà di circolazione delle merci e non aver rispettato le prescrizioni della direttiva in materia circa la fissazione di regole tecniche interne; come nel caso precedentemente studiato, siamo in presenza di una carente trasposizione di direttiva la quale, al pari dell'omessa o ritardata trasposizione di direttiva, ben può integrare il carattere di violazione grave e manifesta, nonostante che detta gravità della violazione sia tutt'altro che banale e scontata e possa essere, per così dire, "sommersa" da contrarie affermazioni di conformità e legittimità rivenienti dal diritto interno.

In altra fattispecie, il *Tribunal Supremo*, n. 223/1998¹⁷⁵, si è occupato del trasferimento del diritto alla pensione di alcuni dipendenti pubblici incompatibile con il sistema comunitario. Nel caso, i funzionari comunitari spagnoli avevano chiesto al Consiglio dei Ministri di trasferire i propri diritti a pensione. La loro richiesta è stata respinta e gli stessi hanno perciò promosso un'azione giudiziaria per chiedere tale trasferimento, o in alternativa, per far dichiarare la responsabilità dello Stato ed ottenere il risarcimento del danno derivante dal mancato trasferimento dei diritti a pensione.

La Corte di giustizia europea aveva infatti emesso una sentenza contro la Spagna, accertando la sua incapacità di adottare le misure necessarie per consentire detti trasferimenti¹⁷⁶. Il Tribunale ha accolto la domanda principale (inerente il diritto di trasferimento), ma ha respinto la pretesa di responsabilità, sulla base del fatto che, nel frattempo, era stata adottata la legislazione necessaria per il trasferimento stesso e il ritardo nell'emanazione della normativa non costituisse un'omissione perseguibile. Infatti, solo nel caso in cui il ritardo nel trasferimento avesse causato una perdita di parte della pensione, sarebbe venuta in rilievo la responsabilità.

¹⁷⁵ disponibile presso <http://www.poderjudicial.es/tribunalsupremo>

¹⁷⁶ C-52/96, Commissione contro Spagna, 1997, Racc. I- 4637.

3.4 Il contributo dell'*Audiencia nacional*

La giurisprudenza di merito spagnola è frequentemente interessata da richieste risarcitorie per responsabilità da illecito euro-unitario. Rassegnarne alcune permette di cogliere ulteriori spunti sul tema.

L'alternativa tra invocazione diretta di una disposizione non dotata di carattere *self-executing* e pretesa risarcitoria per il ritardo nella trasposizione della direttiva è stata oggetto di riflessione da parte dell'*Audiencia nacional*, il 29 novembre 1995, in un caso concernente una serie di richieste di riconoscimento dei diplomi di medico conseguiti in Francia. Gli attori hanno invocato l'articolo 8 della direttiva 93/16/CEE del 5 aprile 1993, relativo alla libera circolazione dei medici e il reciproco riconoscimento dei loro diplomi, certificati ed altri titoli, ed hanno ottenuto un rigetto delle proprie domande.

La Corte spagnola ha verificato che detto articolo 8 non può essere applicato, in quanto la direttiva non era stata attuata a tempo debito, e che la medesima disposizione non ha avuto effetto diretto. Donde il rigetto di detta pretesa attorea proprio per il suo carattere diretto. Nondimeno, ha osservato l'*Audiencia nacional*, in diretta applicazione del caso *Franco*, sarebbe stato possibile per gli attori ottenere il risarcimento dei danni causati dalla ritardata esecuzione.

Ulteriormente adita con una pretesa risarcitoria *ex Franco*, l'*Audiencia*, con pronuncia del 25 giugno 1997, ha deciso la vicenda di alcune imprese olandesi e tedesche, che hanno presentato una richiesta per ottenere un risarcimento da parte della Spagna. In particolare, le ricorrenti hanno affermato di essere state danneggiate dalle autorità spagnole per effetto dell'adozione, il 15 e il 16 febbraio del 1991, di alcune misure restrittive degli scambi intracomunitari di suini provenienti dalla Germania e dai Paesi Bassi, in una vicenda simile a quella poi sindacata dalla Corte di giustizia in *Brasserie*.

L'amministrazione spagnola ha sostenuto che queste misure sono giustificate ai sensi dell'articolo 36 del trattato CE (ora articolo 30), e ai sensi dell'articolo 10 della direttiva 90/425/CEE, del 26 giugno 1990, per motivi di tutela della salute pubblica (in particolare, erano stati adottati dopo che era stata scoperta

una nuova malattia epidemica di maiale). Di contro, i ricorrenti hanno sostenuto che tali misure erano contrarie al diritto comunitario, in quanto, in una riunione di un organismo europeo, il comitato veterinario permanente tenutasi il 12 e il 13 febbraio del 1991, gli Stati membri hanno deciso che non sarebbero state adottate misure unilaterali.

In questo caso, la Corte spagnola ha respinto la tesi attorea e ha ritenuto che la dichiarazione non avesse forza vincolante; derivandone l'inesistenza di una violazione del diritto comunitario. A stretto rigore, l'assenza di cogenza della decisione del comitato veterinario è stata ritenuta più rilevante delle ragionevoli aspettative che le imprese avevano assunto in base alla sua decisione.

Sempre l'*Audiencia Nacional*, il 24 giugno 1998, ha deciso il caso *Cenargo* statuendo sul risarcimento del danno chiesto da parte di alcuni fornitori di servizi transfrontalieri tra la Spagna e il Marocco, a causa della violazione, da parte dello Stato spagnolo, di diverse disposizioni comunitarie.

I fornitori lamentavano che una modifica del trattato bilaterale tra Spagna e Marocco del 29 Dicembre 1979, inerente gli scambi e l'immigrazione, avrebbe concretato una violazione del diritto comunitario; inoltre, la ritardata entrata in vigore della modifica stessa aveva comportato che per un certo lasso di tempo i ricorrenti non avevano potuto erogare i loro servizi.

Secondo il giudice spagnolo, non può però discorrersi di alcuna violazione del diritto comunitario, dato che il caso non riguardava i rapporti transfrontalieri con gli Stati membri, di esclusiva competenza statale. Detti Stati membri ben possono concludere accordi transfrontalieri e imporre talune restrizioni per motivi di pubblica sicurezza o per ragioni di politica dell'immigrazione. In particolare, il regolamento 4055/86 conteneva alcune eccezioni che hanno permesso all'Amministrazione spagnola di negare l'attracco di navi, causando un pregiudizio comunque non ricompreso nell'ambito della tutela europea.

Non va dunque dimenticato che bisogna distinguere tra controversia autenticamente europea e controversia transfrontaliera in cui il diritto europeo non trova applicazione e non è in grado di determinare alcuna legittima aspettativa risarcitoria, pur se in astratto sussistano gli estremi della violazione.

Con altra decisione del 26 gennaio 2000 l'*Audiencia* ha poi confermato che la ritardata attuazione della direttiva 80/987 del 20 ottobre 1980, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, determina un danno risarcibile pur non essendo *self-executing*. A causa di questa mancanza di trasposizione, l'attore è stato escluso dalla copertura del salario erogato da un organismo di garanzia. La questione ha dato luogo a *Franconich* e, proprio con riferimento all'ordinamento spagnolo, a *Wagner Miret* e si tratta pertanto della una conferma di un orientamento consolidato.

Con sentenza del 7 maggio 2002, n. 365/ 2001, l'*Audiencia* ha esaminato il caso riguardante la ritardata attuazione della direttiva 94/47/CE concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione del diritto di utilizzo di beni immobili in multiproprietà. Il 18 febbraio del 1999, un gruppo dei consumatori e diverse organizzazioni di consumatori di Belgio, Italia, Spagna e Paesi Bassi hanno esperito ricorso, sostenendo che i contratti che avevano firmato avevano contravvenuto al necessario rispetto di alcuni diritti dei consumatori. Dopo aver constatato che la legislazione spagnola conferisce legittimazione ad agire a quelle persone giuridiche che, come le associazioni dei consumatori, possono essere considerate direttamente interessate o legalmente autorizzate a difendere i diritti o gli interessi collettivi, la Corte spagnola ha dichiarato, prima di tutto, che c'è stata una violazione del diritto comunitario imputabile allo Stato spagnolo ed esaminato, poi, se sono state soddisfatte le condizioni alle quali uno Stato membro è tenuto a risarcire i danni causati a seguito di una violazione del diritto comunitario.

Così ha osservato che la direttiva si propone di conferire diritti ai singoli; che la violazione imputabile alla Spagna è sufficientemente grave; e che esiste un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e la perdita e danno subito dai soggetti lesi. Poiché però la legislazione spagnola, nella specifica materia, subordina l'azione per il risarcimento ad un termine di decadenza di un anno, alcuni dei querelanti avevano perso il diritto di ottenere un risarcimento. Lo stretto termine decadenziale, ritenuto evidentemente compatibile con il principio di effettività, ha perciò comportato che, fra tutte,

le pretese tardive sono state disattese¹⁷⁷.

Infine, un'utile affermazione sulla giurisdizione proviene dal *Juzgado de lo Social* di Granada, con pronuncia del 7 ottobre 2003¹⁷⁸. Il giudice ordinario si considerava non dotato di giurisdizione quanto al reclamo per danni intentata contro lo Stato per violazione della direttiva 93/104. Facendo riferimento alla giurisprudenza comunitaria, ha ritenuto che spettasse al diritto nazionale stabilire le giurisdizioni competenti. Nella situazione in esame, la domanda deve essere stata proposta dinanzi al giudice amministrativo. La giurisdizione in questo caso ha resistito al test *Rewe*: ma cosa succederebbe se in un sistema giudiziario caratterizzato da una durata dei processi cronicamente eccessiva e irragionevole, pervenisse una declaratoria del difetto di giurisdizione su una domanda risarcitoria contro lo Stato dopo un lunghissimo lasso di tempo (magari quello necessario per una pronuncia di merito da parte di un tribunale amministrativo italiano)? Assecondando il *trend* prevalente pare probabile che, com'è avvenuto con il giudicato (*Lucchini*), anche la giurisdizione possa misurarsi con l'effettività europea, *sub specie* tutela giurisdizionale effettiva.

4. Le ammissioni di responsabilità per esercizio del potere giudiziario. L'omesso rinvio pregiudiziale.

Sempre in Spagna, il *Tribunal Supremo* ha poi assunto una decisione particolarmente eclatante¹⁷⁹, con sviluppi potenzialmente significativi in relazione alle azioni di responsabilità civile contro gli Stati membri per gli atti commessi da un loro organo giurisdizionale, sulla scia del caso Köbler¹⁸⁰.

Va premesso che in Spagna la responsabilità civile del potere giudiziario è giunta ad un grado di disciplina particolarmente avanzato. Si distingue tra funzionamento anormale dell'amministrazione della giustizia ed errore giudiziale: il primo si contesta direttamente al Ministero della giustizia, in linea con le funzioni giustiziali esercitate dall'apparato esecutivo in tema, mentre il secondo dev'essere preceduto da un espresso riconoscimento giudiziale

¹⁷⁷ Cfr. ARNULL, *The Principle of effective judicial protection in EU law: an unruly horse?*, in *European Law review*, 2011, 36, 51 s.

¹⁷⁸ GRANGER, *National applications of Francovich*, cit., 182.

¹⁷⁹ *Tribunal Supremo, Sala de lo Civil*, 23.01.04, n.51

¹⁸⁰ Cfr. SCODITTI, *Violazione del diritto dell'Unione europea imputabile all'organo giurisdizionale di ultimo grado: una proposta al legislatore*, in *Foro it.*, 2012, IV, 22.

dell'errore commesso e corrisponde alla disattenzione del giudice di fronte a dati oggettivi di carattere indiscutibile.

La rilevanza della responsabilità per esercizio del potere giudiziario emersa nella fattispecie è incidentale, poiché in particolare la decisione del *Tribunal Supremo* non si occupa di questioni di diritto europeo; è tuttavia opportuno notare, che affidandosi parzialmente alla giurisprudenza *Köbler*, il giudice nazionale rielabora ed allarga la portata della giurisprudenza della Corte di giustizia europea in materia di responsabilità dello Stato, applicandola, a situazioni puramente interne, ed arrivando a considerare la Corte costituzionale spagnola come organismo civilmente responsabile per i danni arrecati nell'esercizio delle sue funzioni¹⁸¹. In altre parole, per la prima volta nella storia del diritto spagnolo, i giudici del *Tribunal Constitucional* sono stati ritenuti responsabili per danni causati a un individuo.

Il ricorrente, un avvocato, aveva proposto due ricorsi davanti alla sezione amministrativa del *Tribunal Supremo*. Egli aveva contestato i requisiti per l'assunzione di assistenti legali presso il *Tribunal Constitucional*, ed aveva chiesto l'apertura di una procedura di selezione per le posizioni vacanti attraverso una gara (nei termini previsti dall'articolo 97, I comma, della legge organica del *Tribunal Constitucional*).

A fronte del respingimento di dette richieste, il ricorrente ha esperito una nuova azione (un *recurso de amparo*), stavolta direttamente dinanzi alla magistratura costituzionale, chiedendo a tutti i membri della Corte costituzionale stessa di astenersi dalla seduta in ragione del loro interesse diretto nella vicenda e ha chiesto l'adozione di un provvedimento per la creazione di un *Tribunal Constitucional ad hoc* per decidere sul suo caso. Sulla richiesta, i giudici del Tribunale Costituzionale hanno dichiarato all'unanimità il ricorso irricevibile, poiché non era rivolto al Tribunale Costituzionale stesso, e per difetto del carattere di sufficiente chiarezza e precisione, per come richiesto dall'art. 49 della legge organica del Tribunale costituzionale.

A seguito del rifiuto opposto, la ricorrente ha proposto un'azione di

¹⁸¹ Il caso in commento dimostra che particolarmente azzeccata allo studio della responsabilità dei pubblici poteri è il meccanismo della *cross-fertilization* ben descritto, nella dottrina italiana, da LAZARI (ad es. in *Modelli e paradigmi*, cit.). Altro è ovviamente evidenziare che non è sempre corretto identificare il regime interno di responsabilità con quello europeo.

responsabilità civile dinanzi al *Tribunal Supremo*, chiedendo la condanna di tutti i giudici della Corte Costituzionale per il danno cagionato dalla dichiarazione di irricevibilità.

Il *Tribunal Supremo* rileva che la responsabilità dei giudici costituzionali non è ricompresa nell'ordinaria disciplina della responsabilità civile dei magistrati, dovendosi quindi richiamare il regime comune di responsabilità civile prevista dall'art. 1902 del codice civile.

Si applicano quindi le tre condizioni previste da questa disposizione. In primo luogo, essa ritiene che il comportamento dei giudici era antigiuridico, perchè il loro rigetto del *recurso de amparo* costituisce un ingiustificato diniego di giustizia, vietato dall'art. 1.7 del Codice Civile. Del pari sussiste la negligenza professionale grave, descritta con terminologia corrispondente al par. 139 di *Köbler* come ignoranza inescusabile. In terzo luogo, si ritiene che il nesso di causalità tra la violazione e il danno è chiaramente evidente. Si va insomma molto oltre la ritenuta assenza di un errore scusabile e si afferma con forza un modello di responsabilità declinato in termini puramente oggettivi e secondo un meccanismo di pura imputazione causale di un danno.

Il *Tribunal Supremo* stabilisce inoltre l'esistenza di un danno morale, in quanto la decisione del *Tribunal Constitucional* "è stata in grado di sconvolgere le opinioni del richiedente come un cittadino di uno stato sociale e democratico, che protegge la giustizia come un valore superiore" (art. 1.1 Costituzione). A sostegno della sua argomentazione a favore dell'applicazione della responsabilità civile comune, in questo caso, il *Tribunal Supremo*, in modo significativo, fa dunque riferimento al caso *Köbler* della Corte di giustizia, anche se la vicenda in questione è del tutto estranea al diritto comunitario.

Il *Tribunal* ha perciò, infine, condannato ciascuno dei giudici del *Tribunal Constitucional* a 500 euro di multa. La Suprema Corte va perciò oltre la giurisprudenza della Corte di giustizia sulla natura dei danni che dovrebbero essere indennizzati perché la seconda non ha mai fatto rientrare finora, nell'ambito del risarcimento integrale del danno, la componente non patrimoniale.

Significativamente, v'è stato un seguito: la sessione plenaria del *Tribunal*

Constitucional ha adottato all'unanimità una decisione sottolineando che le deliberazioni rese dal *Tribunal Constitucional*, nel quadro del *recurso de amparo*, non sono sindacabili da un organo giurisdizionale, in quanto la sola Corte costituzionale è competente a decidere in un caso del genere; in secondo luogo, la revisione delle decisioni relative a tale *recurso*, mediante azioni di responsabilità da illecito, rappresenta un'intrusione nello spazio di giurisdizione riservata al *Tribunal Constitucional*. Intelligentemente o ingenuamente, tale posizione del *Tribunal Constitucional* non costituisce però una diretta negazione della possibilità di intentare azioni di responsabilità da illecito contro le decisioni della corte costituzionale.

Caduta dunque l'immunità civile di un così alto organo giurisdizionale, il nucleo della vicenda sta nella questione giurisdizionale. Secondo il *Tribunal Constitucional*, l'unica giurisdizione competente per questi casi sarebbe la propria, omettendosi di considerare però non ci sarebbe una via procedurale per esercitare tale tecnica di tutela.

Cortocircuito istituzionale o positiva espansione della responsabilità per esercizio del potere giudiziario? In ogni caso, la decisione del *Tribunal Supremo* potrebbe essere incoraggiante per l'applicazione pratica del diritto dell'U.E. da parte dei giudici nazionali e risolve alcuni delle perplessità in ordine all'esenzione da responsabilità che di solito protegge le decisioni definitive dei supremi giudici. D'altra parte non bisogna scordare che altro è la responsabilità del potere giudiziario, altro è la responsabilità dello Stato per esercizio del potere giudiziario: il richiamo a *Köbler* non deve perciò far trascurare l'ineludibile differenza di *rationes* dei due istituti, da un lato la definizione del rapporto conflittuale in termini di illecito civile fra il magistrato ed il consociato, dall'altro l'affermazione dell'effettività dell'ordinamento sovranazionale europeo.

Questioni sulla responsabilità dello Stato per esercizio del potere giudiziario sono perciò sorte in Europa soprattutto con riferimento all'omissione del rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 T.F.U.E., strumento privilegiato del dialogo fra Corti. Rimangono infatti difficili da precisare i limiti dell'obbligatorietà del rinvio: circostanza che, in alcuni casi, ha comportato un aumento

considerevole delle questioni pregiudiziali, come da parte dei giudici italiani; in altri casi, concorre a far mantenere atteggiamenti meno “collaborativi”, come emblematicamente avviene nell’ordinamento tedesco¹⁸².

L’arresto più significativo della Corte di giustizia (*CILFIT*) non dirada le ombre: solo nei casi di mancata chiarezza del diritto dell’U.E., nei casi in cui non possa soccorrere l’autonoma interpretazione nazionale, sarebbe obbligatorio il rinvio, particolarmente ove il giudice potenzialmente remittente sia di ultima istanza. Il che costituisce, in effetti, l’ennesima “secca interpretativa” da parte della Corte di Lussemburgo, considerato che in un diritto complesso, stratificato ed in continua evoluzione come quello europeo la chiarezza del diritto è questione altamente opinabile.

Un approfondimento della cennata tematica è stato condotto dal *Verfassungsgerichtshof*, la Corte Costituzionale austriaca¹⁸³. Nella fattispecie il supremo Giudice austriaco ritenne che la mera omissione del mancato rinvio non sia *per se* sufficiente a stabilire l’esistenza di una manifesta violazione del diritto europeo¹⁸⁴.

La ricorrente aveva proposto un ricorso dinanzi al *Verwaltungsgerichtshof* (*VwGH*) contestando il rifiuto di concederle il *Notstandhilfe* (un aiuto speciale rivolta a persone in situazioni di difficoltà economica), sulla base del fatto che il reddito del suo *partner* superava il massimale stabilito dalla legge austriaca. Ha sostenuto che questo limite era incompatibile con il diritto europeo, e in particolare con gli articoli 3 e 4 della direttiva 79/7/CEE. Il *VwGH* respinse la domanda, basandosi sulla giurisprudenza della Corte di giustizia sulla non discriminazione tra uomini e donne per stabilire che il diritto austriaco non era incompatibile con il diritto dell’U.E. Il *VwGH* osservò che, anche se la Corte di giustizia europea non aveva mai deciso un caso analogo, la giurisprudenza, in generale, era sufficientemente chiara per consentirgli di decidere.

La ricorrente ha successivamente proposto un reclamo dinanzi al *Verfassungsgerichtshof* (*VfGH*), chiedendo i danni allo Stato austriaco per una violazione manifesta del diritto europeo da parte del *VwGH*. La Corte

¹⁸² GALLETTA, *L’autonomia procedurale degli Stati membri* cit., 95 s..

¹⁸³ *Verfassungsgerichtshof*, 13 ottobre 2004, n. A5/04.

¹⁸⁴ Al riguardo conforme la pronuncia *CILFIT* della Corte di giustizia. L’obbligo di rinvio pregiudiziale esiste infatti solo in caso di mancata chiarezza del diritto europeo.

Costituzionale anzitutto ha affermato di non essere competente a riesaminare la decisione del *VwGH*, potendo tuttavia esaminare la natura manifesta o meno della violazione.

Ricordate le condizioni più rigorose per responsabilità dello Stato derivante da atti commessi da magistrati fissate nella citata sentenza *Köbler*, e, applicandole al caso in esame, ha poi respinto la domanda della ricorrente. In effetti, il *VfGH* ritiene che il semplice mancato deferimento alla Corte di giustizia dal *VwGH* (come previsto dall'art. 234.3 CE) non è di per sé sufficiente a dimostrare l'esistenza di una violazione manifesta del diritto europeo. Nel caso in esame, anche se la questione in gioco non era stata definitivamente decisa dalla Corte di giustizia europea, il risultato ben poteva essere dedotto dalla sua giurisprudenza, in modo da poter ragionevolmente concludere che la corretta applicazione del diritto dell'Unione non aveva lasciato dubbi quanto alla soluzione da adottare. Inoltre, il *VwGH* aveva fornito un ragionamento molto dettagliato sulla questione.

La decisione in parola è una ragionevole applicazione della sentenza *Köbler*, basata su circostanze e risultati piuttosto simili. Bisogna, tuttavia, sottolineare l'importanza concessa dal *VfGH* alla qualità del ragionamento.

Molto probabilmente, l'attenzione portata dal *VwGH* ha giocato un ruolo significativo nella valutazione da parte della *VfGH*, in quanto ha garantito che il primo aveva considerato con attenzione le opzioni in campo e non banalmente ignorato il suo obbligo di rinvio (circostanza che invece potrebbe concorrere a determinare l'ignoranza inescusabile).

Una simile, autorevole decisione, improntata ad estrema ragionevolezza non ha però ancora contribuito ad articolare tracce e indizi più riconoscibili del presupposto della mancanza di chiarezza. In altri termini, va confermato che i limiti dell'obbligo del rinvio pregiudiziale necessitano di una rinnovata spiegazione: segnatamente, la chiarezza del diritto europeo va prevalentemente desunta dalla giurisprudenza elaborata in Lussemburgo ma non può escludersi che eventuali decisioni nazionali, proprie dei giudici decentrati dell'ordinamento europeo, ben argomentate e inclini al dialogo con la Corte, possono esse stesse fungere da elementi di chiarezza del diritto europeo.

5. Una soluzione francese alla responsabilità del legislatore

In Francia il legislatore è sottoposto al regime della *rupture d'égalité devant les charges publiques*, che vale ad impegnarne la responsabilità in casi estremamente eccezionali. Rare e controverse sono state le pronunce di condanna dello Stato-legislatore *ex Francovich*.

Un'inversione di tendenza, inerente una materia affine a quella in esame, pare essere costituita dalla sentenza 8 febbraio 2007 n 279522¹⁸⁵ del *Conseil d'Etat*, con la quale si è per la prima volta riconosciuto esplicitamente il principio della responsabilità dello Stato per i danni derivanti da una violazione da parte del legislatore di una convenzione internazionale. Nella vicenda il ricorrente ha proposto un ricorso dinanzi al Tribunale degli affari sociali e della previdenza sociale (TASS) chiedendo il rimborso dei contributi versati alla cassa di previdenza dei medici, a causa del decreto in forza del quale questi contributi erano stati dichiarati illegali.

Un successivo atto legislativo aveva tuttavia convalidato il decreto, facendo cessare la materia del contendere, e portando il tribunale a respingere il reclamo proposto. Il medico ha quindi proposto un ricorso dinanzi al giudice amministrativo per il risarcimento dei danni causati dalla normativa di convalida, affermando che la stessa era in contrasto con l'articolo 6, paragrafo 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) sul diritto a un processo equo.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che la responsabilità dello Stato per atti legislativi può essere dichiarata, da un lato, sulla base dell'uguaglianza dei cittadini di fronte ai poteri pubblici, al fine di assicurare il risarcimento del danno derivante dall'adozione di una legge, a condizione che questa legge non abbia intenzione di escludere responsabilità, e che il danno di cui si chiede il risarcimento abbia un carattere serio e speciale, non potendo quindi essere considerato come un peso normalmente posto sulle persone coinvolte (quest'ultima pare la cifra dirimente per un'affermazione generale della responsabilità del legislativo); d'altra parte, il rispetto delle convenzioni

¹⁸⁵ disponibile presso <http://www.conseil-etat.fr>

internazionali vale per compensare i danni derivanti dell'intervento di una legge adottata in violazione degli impegni internazionali della Francia.

Il Giudice amministrativo francese ha perciò ritenuto che la legge di convalida, non basata su motivi imperativi di interesse nazionale, come richiesto dalla giurisprudenza della CEDU, è contrario all'articolo 6 paragrafo 1 della stessa Convenzione, ed ha condannato lo Stato al risarcimento del danno, equivalente al pagamento dei contributi che, in assenza delle legge di convalida gli sarebbero stati rimborsati e degli interessi.

L'ammissione che la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo attribuisca di per sé una posizione tutelabile in via risarcitoria rappresenta un'innovazione, suscettibile di reverberare i propri effetti anche nel quadro prettamente euro-unitario, posto che la Convenzione, a seguito del Trattato di Lisbona, è considerata fonte di principi generali del diritto europeo. L'apertura del Consiglio di Stato sembra così tracciare la strada per ulteriori sviluppi della responsabilità del legislatore nazionale nel quadro unitario.

6. Prescrizione e autonomia procedurale

Altro giudice decentrato dell'ordinamento europeo, l'*Oberlandesgericht* di Colonia¹⁸⁶, è intervenuto sul tema in esame, fornendo un'interpretazione degna di nota, perché affronta la spinosa questione della prescrizione, che ha il potenziale di minare in modo significativo l'esercizio del diritto di ciascuno al risarcimento, nella situazione di violazioni risalenti ma continuate del diritto dell'Unione¹⁸⁷. La decisione si sofferma sui diritti al risarcimento di individui che hanno subito danni derivanti da tali violazioni.

In linea preliminare rispetto ai fatti di causa, la Corte di giustizia¹⁸⁸ ha stabilito che la Germania non aveva adempiuto agli obblighi imposti dalla direttiva 64/433, concernente problemi sanitari in materia di scambi commercio di carni fresche. Lo Stato tedesco ha adeguato la propria legislazione alle disposizioni della presente direttiva soltanto nel 1999. Il richiedente, un'organizzazione danese di tutela degli interessi degli allevatori di suini danesi

¹⁸⁶ 2 giugno 2005, 7U 29 / 04, disponibile sul sito www.olg-koeln.nrw.de

¹⁸⁷ GRANGER, *National applications of Francovich*, 185 s..

¹⁸⁸ CGE, C-102/96 Commissione contro Germania, 1998, Racc. I- 6871.

e dei macellatori, ha affermato che la normativa tedesca in vigore dal 1993 al 1999 ha costituito un effettivo divieto di commercializzazione in Germania di una specie di suini (castrati) provenienti dalla Danimarca, e ha chiesto il risarcimento del danno subito dalle imprese per tutto quel periodo. Il giudice di primo grado ha però solo parzialmente accolto la domanda del ricorrente, in ragione della prescrizione di tre anni riguardante una parte sostanziale della domanda. Il caso è stato presentato quindi alla Corte di Colonia.

L'*Oberlandesgericht* ha ritenuto la violazione sufficientemente grave, a partire da quando il governo tedesco ha consapevolmente ignorato i requisiti imposti dalla direttiva. E' un'affermazione che tempera pur sempre in senso fortemente soggettivo la responsabilità dello Stato, in una maniera che rispetto al *trend* spagnolo prima studiato appare totalmente divergente.

La Corte applica poi i criteri per la responsabilità dello stato stabilito dalla legge tedesca (art. 839, comma 3, BGB), che regola il concorso del fatto colposo del creditore, che negligenzemente eviti un ricorso giurisdizionale; nella specie, però, il diritto al risarcimento non può essere escluso, dato che tali misure non avrebbero necessariamente ottenuto un esito positivo.

Stando al ragionamento del Giudice tedesco l'incompatibilità del diritto tedesco con il diritto comunitario che veniva in rilievo era stata dichiarata soltanto in modo incidentale e la stessa incompatibilità non era ulteriormente sanabile. Né una questione interpretativa pregiudiziale avrebbe modificato la situazione giuridica in Germania.

Sotto il profilo della prescrizione, si osserva che il diritto del richiedente non vi è incorso; l'azione tedesca va infatti considerata come un unico atto continuo e non come una serie di violazioni ripetute. Con specifico riferimento al *dies a quo*, per quanto riguarda il momento in cui la ricorrente ha avuto conoscenza del danno, l'*Oberlandesgericht* è del parere che, anche se il ricorrente avesse conosciuto l'esistenza di un danno, a partire dal 1993, non sarebbe stato ragionevole attendersi la presentazione di un'azione di danni contro la Germania, in quanto molte incertezze interpretative sono rimaste, per quanto riguarda le condizioni della responsabilità dello Stato per violazioni del diritto comunitario, almeno fino alla sentenza *Brasserie*. Solo dopo il 1996, il ricorrente

avrebbe dunque potuto presumere di l'esistenza di un dovere dello Stato tedesco. L'*Oberlandesgericht* ha così accolto, per quanto di ragione, le pretese attoree.

Per caratterizzare la violazione tedesca come una violazione continua, il giudice nazionale neutralizza abilmente la clausola di prescrizione, in modo da aprire la strada per il risarcimento per le persone che hanno sofferto di un violazione lungo-latente del diritto comunitario da parte di uno Stato¹⁸⁹. Inoltre, l'argomento dell'incertezza giuridica nella formazione dell'*acquis communautaire* è utilizzato per minare le condizioni potenzialmente restrittive. Questa decisione dimostra la capacità e la volontà dei giudici nazionali di discutere o addirittura mettere da parte alcuni dei requisiti vincolanti imposti dalla legislazione nazionale sul coinvolgimento della responsabilità dello Stato, in modo da garantire un esercizio più efficace dei loro diritti garantiti in sede euro-unitaria, per come costantemente richiesto dalla Corte di giustizia.

7. La *High court* irlandese e il nesso di causalità.

La nozione del nesso di causalità è al centro di un caso affrontato dall'*High Court* irlandese¹⁹⁰.

Siamo sempre nell'ambito del commercio di bestiame, materia fortemente interessata da regolamentazione tecnica di provenienza europea. La direttiva 78/52 ha imposto agli Stati membri di adottare misure di compensazione a favore degli allevatori per l'abbattimento dei loro animali, a seguito dell'osservanza di istruzioni di polizia veterinaria, nel quadro della lotta contro la tubercolosi bovina. All'epoca del verificarsi dei fatti, l'Irlanda non aveva recepito formalmente la direttiva, avendo unicamente istituito un regime legale supplementare di sovvenzioni.

Un allevatore irlandese di bovini, che aveva già subito l'abbattimento e il rifiuto alla commercializzazione di alcuni capi, ne consegnò di ulteriori alle autorità di polizia veterinaria per l'abbattimento all'insorgere di nuovi segni d'infezione. Le autorità hanno quindi imposto restrizioni alla circolazione e

¹⁸⁹ Un'autorevole analisi sul rapporto fra prescrizione e diritto europeo è fornita da PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 1, 21 s..

¹⁹⁰ *High Court*, 13 luglio 2004, Rooney contro il ministro per le Politiche Agricole, Alimentari e Forestali, 2004, IEHC 305, disponibile presso www.bailii.org/ie/IEHC/2004/305.html.

alla vendita di bestiame proveniente dalla sua azienda.

A fronte del ricorso per illecito comunitario per omessa trasposizione della direttiva, la *High Court* ha stabilito in primo luogo che i primi due requisiti, vale a dire il conferimento di diritti ai singoli e l'identificazione degli stessi sulla base dell'atto normativo, sono stati soddisfatti. Tuttavia, ha ritenuto che la condizione del nesso di causalità non è stata rispettata: donde il rigetto dell'azione. Infatti, il giudice ha trovato infondato l'argomento del ricorrente secondo il quale, ove la direttiva fosse stata formalmente recepita, il suo comportamento sarebbe stato diverso.

La *High Court* focalizza sul dovere di mitigare il danno, previsto dal diritto comunitario (espressamente riconosciuto dalla Corte di giustizia in *Dillenkoffer*), e che il diritto nazionale può eventualmente imporre, e ha statuito che, se il ricorrente avesse rispettato il regime interno entro la data di trasposizione, conformandosi cioè alle istruzioni veterinarie, avrebbe evitato il danno completamente.

Pertanto non sono stati rinvenuti elementi sufficienti per ritenere integrato il nesso di causalità. Può accennarsi tuttavia che l'accezione del dovere di mitigare il danno offerta pare particolarmente rigorosa, basata sull'argomentazione puramente presuntiva di quale sarebbe stato il comportamento del ricorrente, ove la direttiva fosse stata formalmente attuata: assecondando così una nozione nient'affatto oggettiva della responsabilità.

Il nesso di causalità, astrattamente riservato ad un ambito definitorio europeo, appare così inevitabilmente soggetto ad un adattamento culturale nazionale, ora connotato in senso più soggettivo, ora più oggettivo¹⁹¹.

¹⁹¹ Cfr. TOMULIC VEHOVEC, *The cause of Member State liability*, in *European Review of Private Law*, 2012, 3, 851 s..

BIBLIOGRAFIA

- ADAM, TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2010
- ALONSO GARCIA, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del derecho comunitario*, Madrid, 1997
- ALPA, *Problemi attuali in tema di responsabilità della pubblica amministrazione: lesione di interessi legittimi ed illecito comunitario*, in *Contr. Impresa Europa*, 1999, 83 s.
- ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Francoovich e le frontiere del diritto europeo*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1593 s.
- ARNULL, *The Principle of effective judicial protection in EU law: an unruly horse?*, *European Law review*, 2011, 36, 51 s.
- ARNULL, *Commento alla sentenza in causa C-432/05, Unibet*, in *Common Market Law Review*, 2007, 1763 s.
- ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, 2006
- ATTADEMO, *Mancato risarcimento della vittima della violenza e responsabilità dello Stato*, nota a Trib. Torino, III, 23 gennaio 2012 n. 106, in *Corr. Merito*, 2010, 936
- BAIRATI, *La responsabilità dello Stato-legislatore, la componente culturale e gli impulsi della Corte di giustizia europea nella relativizzazione delle categorie nazionali*, CDCT working paper 6-2012/European legal culture, <http://www.cdct.it/Pubblicazioni.aspx>

BAIRATI, *La riparazione spettante al soggetto danneggiato a seguito di mancato recepimento, nel termine prescritto, di direttiva comunitaria. Questioni teoriche e implicazioni pratiche sulla corretta qualificazione*, NGCC, 2009, 1012 s.

BALBONI, *Diritto al risarcimento e adeguamento retroattivo alle direttive non (correttamente) attuate*, in *Dir. Un. Eur.*, 1998, 4, 861

BARAV, *Enforcement of Community rights in the national courts*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 1980, 369 s.

BARONE, PARDOLESI, Nota a *Francovich v. Bonifaci*, Corte giust. C.E. 19-11-1991 C-6/90 e C-9/90, *Foro it.*, 1992, IV, c. 145 s.

BELL, BRADLEY (eds.), *Governmental Liability: A Comparative Study*, London, 1991

BERTI, *Sovranità* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Annali, I, 2007, 1067 s.

BIFULCO, *Gli aspetti <<convenzionali>> della responsabilità dello Stato per atti legislativi*, in *Giornale dir. amm.*, 2007, 7, 76 s.

BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999

BIONDI, *Un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati (nota a Corte di Giustizia, sentenza 13 giugno 2006, TDM contro Italia)*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 19 giugno 2006

CALZOLAIO, *L'illecito comunitario tra diritto comunitario e diritto interno. Una prospettiva comparatistica*, Milano, 2004

CALZOLAIO, *La violazione del diritto comunitario non è antigiuridica: l'illecito dello Stato al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Contr. Impresa*, 2010, 1, 71 s.

CARANTA, *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazioni del diritto comunitario*, nota a Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 19 novembre 1991 (in cause riunite 6 e 9/90), *Franovich e Bonifaci c. Repubblica Italiana*, in *Giur. it.*, 1992, I, I, c.1175

CARANTA, Nota a CGE, sentenza 23 maggio 1996, C-5/94, *Hedley Lomas*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 1996, 1003

CARANTA, *L'ampliamento degli strumenti di tutela cautelare e la progressiva comunitarizzazione delle regole processuali nazionali*, in *Foro amm.*, 1996, 9, 2543.

CARBONE, *Inadempimento dello Stato all'obbligo da direttiva: responsabilità ex artt. 1218 o 2043 c.c.?*, nota a Cons. Stato, Sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482 in *Danno Resp.*, 2012, 7, 731 s.

CASTRONOVO, *La commedia degli errori nella responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto europeo ad opera del potere giudiziario*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 4, 945 s.

CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006

CASTRONOVO-MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007

CATALANO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario: atto secondo*, in *Foro it.*, 1996, IV, c. 321 s.

CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004

CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 3-4, 505

COBREROS MENDAZONA, *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, 1994, Madrid

CONTI, nota a Cass. civ. Sez. Unite, 17 aprile 2009, n. 9147, in *Danno e resp.*, 2010, 1, 19

CONTI, *Giudici supremi e responsabilità per violazione del diritto comunitario*, nota a CGE, 30 settembre 2003, C-224/01, *Koebler*, in *Danno Resp.*, 2004, 1, 26 s.

CONTI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme*, in *Politica del diritto*, 2007, 377 s.

CRAIG, *The legal effect of Directives: policy, rules and exceptions*, in *European law review*, 2009, 34, 349 s.

DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010, 209 s.

DANIELE, *Novità in tema di efficacia diretta delle direttive comunitarie non attuate*, Nota a *Francovich v. Bonifaci*, Corte giust. C.E. 19-11-1991 C-6/90 e C-9/90, *Foro it.*, 1992, IV, c. 173 s.

DARI-MATTIACCI, GAROUPA, *State liability*, Amsterdam Center for law & economics, working-paper no. 2010-01

DI FEDERICO, *Risarcimento del singolo per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali: il cerchio si chiude?*, in *Riv. Dir. int. Priv. Proc.*, 2004, 155

DI MAJO, *Contratto e torto nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, *Corr. Giur.*, 2009, 10, 1353

DI MAJO, *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 757

DI MAJO, *I diritti dei medici specializzandi e lo Stato inadempiente*, nota a Cass. Civ. III, 17 maggio 2011, n. 10813, in *Corr. Giur.*, 2011, 10, 1411

DIANA e PALMIERI, nota a Cass. civ. Sez. III, 17 maggio 2011, n. 10813, *Foro it.*, 2011, 6, 324

FAIRGRIEVE, *State liability in tort: a comparative law study*, Oxford, 2003

FAIRGRIEVE, ANDENAS, BELL (eds.), *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, London, BIICL, 2002

FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione*, Milano, 2012

FROSINI, *Sussidiarietà* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Annali, I, 2007, 1133 s.

FUMAGALLI, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000

GALGANO, *Democrazia politica e legge della ragione*, in *Contr. Impresa*, 2007, 413 s.

GALLETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise lost?*, Torino, 2009

GARRIDO FALLA, *La responsabilidad patrimonial del Estado por actos de Gobierno*, in Baño Leon e Climent Barbera (eds.), *Nuevas perspectivas del Régimen Local. Estudios en Homenaje al Profesor José M. ^a Boquera Oliver*, Valencia, 2002, 137-154

GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Tratt. Dir. priv.* (a cura di IUDICA e ZATTI), Milano, 2013

GIACALONE, Nota a *Francovich v. Bonifaci*, Corte giust. C.E. 19-11-1991 C-6/90 e C-9/90, in *Corr. Giur.*, 1992, 53

GOLETTI, Nota A CGE, sentenza 23 maggio 1996, C-5/94, *Hedley Lomas*, in *Foro Amm.*, 1997, I, 1, 1009

GOMEZ VARELA, *La responsabilidad patrimonial del Estado ante los particulares por infraccion del derecho comunitario europeo*, in *Revista electronica de derecho*, 2006, 3, 1 s.

GRANGER, *National applications of Francovich and the construction of a European administrative jus commune*, *European Law review*, 2007, 32, 157 s.

GUFFANTI PESENTI, *Riflessioni in materia di tardiva trasposizione di direttive comunitarie*, *Europa dir. priv.*, 2010, 1, 311 s.

GUICHOT, *La responsabilidad extracontractual de los poderes publicos segun el Derecho Comunitario*, Valencia, 2001

HARLOW, *State Liability: Tort Law and Beyond*, (Oxford: Oxford University Press, 2004)

HEUKELS, MCDONNELL (a cura di), *The action for damages in community law*, L'Aia, 1997

HILSON, *The role of discretion in EC law on non-contractual liability*, *CMLR*, 2005, 677 s.

HOFSTÖTTER, *Non-Compliance of National Courts: Remedies in European Community Law and Beyond*, L'Aia, TMC Asser, 2005

IRTI, *Nichilismo giuridico*, Bari, 2005

JACCHIA, FRIGO, *In tema di responsabilità extracontrattuale degli Stati membri, effettività e rimedi giurisdizionali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. Dir. int. Priv. Proc.*, 2008, 643

KAKOURIS, *Do Member States possess judicial procedural autonomy?*, in *CMLR*, 1997, 1389

LARNE', *Spunti di comparazione fra i modelli tedesco, francese e spagnolo di responsabilità dello Stato: esiste una responsabilità del legislatore?*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2005, 204

LAZARI, *La responsabilità del legislatore nazionale nel contesto comunitario. L'Ulisse incatenato e la tela di Penelope*, in *Contratto impr. Europa*, 2009, 576 s.

LAZARI, <<Là où est la responsabilité là est le pouvoir>>. *Il nuovo ruolo del giudice nel paradigma comunitario dopo la sentenza Traghetti*, in *Revista electronica de estudios internacionales*, 2008, 15 s.

LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Torino, 2005

LAZARI, *La responsabilità dello Stato legislatore in Inghilterra: la rivoluzione della cross-fertilization*, in *Danno e resp.*, 2000, 1187 s.

LEANERTS, *Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union*, *Cahiers de Droit Européen*, 2009, 45, 711 s.

LEE, *In Search of a Theory of State Liability in the European Union*, Cambridge, 2000

LIPARI, *Categoria civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 1, 1 s.

LOCK, *Is private enforcement of EU law through State liability a myth? An assessment 20 years after Francovich*, in *CMLR*, 2012, 49, 1675 s.

MAGANARIS, *The principle of supremacy of Community law in Greece – From direct challenge to non-application* in *European Law Review*, 1999, 24, 426 s.

MARKESINIS, AUBY, COESTER-WALTJEN, DEAKIN, *Tortious Liability of Statutory Bodies: A Comparative and Economic Analysis of Five English Cases*, Oxford, 1999

MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 1992, 522 s.

MENGONI, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1997, 529 s.

MENGOZZI, *La responsabilità dello Stato per i danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario*, in *Riv. Dir. int.*, 1994, 617 s.

MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, 923 s.

NAVARRETTA, *Il danno non iure e la responsabilità civile dello Stato*, Diritto civile, diretto da N. Lipari-P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, IV, Attuazione e tutela dei diritti. III. La responsabilità e il danno (Milano 2009), 275 s.

NIVARRA, *Al di là del particolarismo giuridico e del sistema: il diritto civile nella fase attuale dello sviluppo capitalistico*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2012, 2, 211 s.

NOLAN, *Suing the State: Governmental Liability in Comparative Perspective*, *Mod LR*, 67, 2004, 843–859

NOLAN, *The liability of public authorities for failing to confer benefits*, in *The law quarterly review*, 2011, 260 s.

PANZERA, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, in *Pol. Dir.*, 2007, 3, 352 s.

PASQUINELLI, *Illecito comunitario del legislatore e art. 2043: la Cassazione interviene ancora*, nota a Cass. 3283/2008, in *Danno e resp.*, 2008, II, 1576 s.

PASQUINELLI, *Le sezioni unite e la responsabilità dello Stato-legislatore per violazione del diritto comunitario. Un inatteso revirement*, nota a Cass. civ. Sez. Unite, 17 aprile 2009, n. 9147, in *Nuova Giur. Civ.*, 2009, 10, 1, 1012 s.

PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 1, 21 s.

PECCHIOI, *La Corte di giustizia chiude il cerchio: una nuova pronuncia in materia di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di una direttiva*, in *Riv. It. dir. Pubbl. com.*, 1997, 112 s.

PÉREZ GONZÁLEZ, *Responsabilidad del estado frente a particulares por incumplimiento del derecho comunitario*, Valencia, 2001

PETRUSO, *Osservazioni sulla responsabilità dello Stato membro per illecito comunitario alla luce della giurisprudenza della Corte europea di Giustizia*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 693 s.

PIRAINO, *L'inadempimento dello Stato all'obbligo di attuazione delle direttive europee e il problema del risarcimento del danno*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 3, 707 s.

PISANI, *Vecchi e nuovi itinerari oltre la frontiera aquiliana: l'art. 2041 cod. civ.*, Riv. Dir. Priv., 1999, 382 s.

PIZZORUSSO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, in *Foto it.*, 2003, V, c.175

PLAIA, MAZZAMUTO, *I rimedi in Manuale di Diritto Privato europeo*, I, Milano, 2007

PLAIA, MAZZAMUTO, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Milano, 2012

PONZANELLI, *L'Europa e la responsabilità civile*, Nota a *Francovich v. Bonifaci*, Corte giust. C.E. 19-11-1991 C-6/90 e C-9/90, *Foro it.*, 1992, IV, c. 150 s.

PORTALURI (a cura di), *L'Europa del diritto: i giudici e gli ordinamenti*, Atti del Convegno di Lecce del 27-28 aprile 2012 (scritti di Bifulco, Caponigro, Caramazza, Cavallari, Galletta, Giovannini, Lattanzi, Lipari, Manganaro, Maruotti, Picozza, Ramajoloi, Romano-Tassone, Rovelli, Sandulli, Scoca, Ziller), Napoli 2012

RICCOBENE, *Violazione del diritto comunitario e tutela dei singoli*, in *Europa dir. priv.*, 2001, 2, 381 s.

ROPPO, *Appunti in tema di illecito "comunitario" e illecito "costituzionale" del legislatore*, in *Danno Resp.*, 1998, 961 s.

ROPPO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito <<costituzionale>> del legislatore)*, in *Contr. e impr. Eur.*, 1999, 101 s.

ROPPO, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una case story in attesa di finale*, in *Riv. Dir. priv.*, 2006, 347 s.

SAGGIO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno Resp.*, 2001, 231 s.

SATULLO, *La prescrizione dell'azione di risarcimento nei confronti dello Stato per tardiva attuazione di una direttiva comunitaria*, in questa *Rivista*, 2011, 4, 253 s.

SCIARRINO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto dell'Unione*, Milano, 2012

SCODITTI, *Francovich presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Foro it.*, 2004, IV, 4

SCODITTI, *Ancora sull'illecito dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*, nota a Cass. Civ. 4915/2003, in *Foro it.*, 2003, I, 2015 s.

SCODITTI, *La violazione comunitaria dello Stato tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, nota a Cass. civ. Sez. Unite, 17 aprile 2009, n. 9147, in *Foro it.*, 2010, I, 74 s.

SCODITTI, *Violazione del diritto dell'Unione europea imputabile all'organo giurisdizionale di ultimo grado: una proposta al legislatore*, in *Foro it.*, 2012, IV, 22

TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010

TESAURO, *Responsabilità degli Stati per violazione del diritto comunitario*, in *Foro pad.*, 1996, II, 147

TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2006, 3 s.

TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, 13 s.

TOMULIC VEHOVEC, *The cause of Member State liability*, in *European Review of Private Law*, 2012, 3, 851 s..

TORELLO, *La responsabilità extracontrattuale per violazione del diritto comunitario: prime osservazioni in tema di illecito legislativo comunitario*, in *NGCC*, 1997, I, 502 s.

TORELLO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Contr. e Impr./Eur.*, 1997, 657 s.

TORRESI, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in AA. VV., *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, Padova, 2003, IV, 668 s.

UGOLINI, *L'abuso del potere legislativo e la responsabilità aquiliana dello Stato*, in *Contr. impresa*, 2008, 3, 576 s.

VAN CLEYNENBREUGEL, *Judge-Made Standards of National Procedure in the Post-Lisbon Constitutional Framework*, *European Law review*, 2012, 37, 90 s.

VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford, 2007

VAN GERVEN, *Casebook on Torts*, Oxford, 2000, 358–394

VANDERSANDEN, DONY, *La responsabilité des états membres en cas de violation du droit communautaire: études de droit communautaire et de droit national comparé*, Brussels, 1997

VON BAR, CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Oxford, 2010

WINKLER, *Francovich colpisce ancora: una nuova condanna per ritardato (ed errato) recepimento di una direttiva europea*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2011, 4, 918 s., nota a Trib. Torino, 3 maggio 2010, n. 3145

GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

CGE, sentenza 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*, in Racc., 3

CGE, sentenza 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa c. Enel*, in Racc., 1129

CGE, sentenza 16 gennaio 1974, C-166/73, *Rheinmuhlen*, in Racc., 33

CGE, sentenza 7 luglio 1981, C-158/80, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord*, in Racc., 1805

CGE, sentenza 25 luglio 1991, C-208/90, *Emmott* ()

CGE, sentenza 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Francovich e Bonifaci*, in Racc. I-5357

CGE, sentenza 5 marzo 1996, C-43/93 e C-48/93, in Racc., I-1029, *Brasserie e Factortame III*, in Racc., I-1029

CGE, sentenza 26 marzo 1996, C-392/93, in Racc., I-1631, *British Telecommunications plc*

CGE, sentenza 23 maggio 1996, C-5/94, *Hedley Lomas*, in Racc., I-2553

CGE, sentenza 8 ottobre 1996, C-178, 179, 188, 189, 190/94, *Dillenkofer*, in Racc., I-4845

CGE, sentenza 24 settembre 1998, *Brinkmann Tabakfabriken*, in Racc. I, 5255

CGE, sentenza 25 febbraio 1999, C-131/97, *Carbonari*, in Racc. 1103

CGE, 3 ottobre 2000, C-371/97, *Gozza*, Racc. 2000 pagina I-07881

CGE, C-432/05, *Unibet* in Racc. 2007, I-02271

CGE, sentenza 17 aprile 2007, C-470/03, *A.G.M.-COS.MET srl*, in Racc. I-2749

CGE, sentenza 24 marzo 2009, C-445/06, *Danske Slagterier*, in Racc. I-2119

CGE, 29 ottobre 2009, causa C-63/08, *Pontin*

CGE, 26 gennaio 2010, C-118/08, *Transportes Urbanos*

CGE, C-439/08, *Vebic v. Raad voor de Mededinging* in Racc., 2010 I-12471

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Cons. Stato, Sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482

Cass. civ. Sez. III, 17 maggio 2011, n. 10813

Cass. civ. Sez. I, 10 marzo 2010, n. 5842, *Foro it.* 2011, 3, 1, 862;

Cass. civ. Sez. I, 22 ottobre 2009, n. 22440;

Cass. Civ., Sez. lav, 28 agosto 2009, n. 18880

Cass. civ. Sez. Unite, 17 aprile 2009, n. 9147

Cass. Civ. 3283/2008,

Cass. Civ. 4915/2003

Trib. Salerno, Sez. I, 3 settembre 2010;

App. Roma, Sez. I, 3 maggio 2010;

Trib. Bologna Sez. II, 18 marzo 2010;

Trib. Bari Sez. III, 23 febbraio 2010.

Trib. Roma Sez. II, 15 marzo 2011

Trib. Roma, 14 giugno 2004

GIURISPRUDENZA EUROPEA

Tribunal Supremo, 11 ottobre 2011

Tribunal Supremo, 14 giugno 2012

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23.01.04, n.51

Tribunal Supremo n. 6227/2012

Tribunal Supremo nn. 373/2006,

Tribunal Supremo 149 /2007

Tribunal Supremo 153/2007

Tribunal Supremo, 12 giugno 2003

Tribunal Supremo, n. 223/1998

Audiencia nacional, il 29 novembre 1995

Audiencia, con pronuncia del 25 giugno 1997

Audiencia Nacional, il 24 giugno 1998

Audiencia Nacional 26 gennaio 2000

Audiencia Nacional 7 maggio 2002

Juzgado de lo Social di Granada, con pronuncia del 7 ottobre 2003

Verfassungsgerichtshof austriaco, 13 ottobre 2004, n. A5/04

Conseil d'Etat francese 8 febbraio 2007 n 279522

Oberlandesgericht di Colonia, 2 giugno 2005, 7U 29 / 04

High Court, 13 luglio 2004, Rooney contro il ministro per le Politiche Agricole,
Alimentari e Forestali, 2004, IEHC 305